٤٨٤

تحرير ابن همام للفاضل

كتاب تحرير لابن همام س ٣٧ نسخ

چته جی ابراهیم آغا قوللری

١٠٧٢

تكملة ابن عالم الفقهي رحمه

١٠٧٧

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم مالك البرين والبحرين خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان الغازي محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد وتعلم واستفاد أعظم الله أجره يوم التناد

حرره الفقير أحمد شيخ زاده المفتش بأوقاف الحرمين الشريفين عفي عنهما

كتاب الوكالة

لما فرغ من بيان احكام الشهادات بانواعها وما يتبعها من الرجوع عنها شرع في بيان احكام الوكالة اما المناسبة
ان كل واحدة من الشهادة والوكالة صفة من صفات الله تعالى بقوله تعالى ثم ان الله شهيد على ما يفعلون وقوله حسبنا الله
ونعم الوكيل واما لان كلا منهما ايصال النفع الى الغير بالاعانة في حقه واما لان كلا منهما يصلح سببا لاكتساب الثواب
والصيانة عن العقاب في المعاملات كذا في النهاية قال صاحب العناية عقب الشهادة بالوكالة لان الانسان خلق مدنيا بالطبع
يحتاج في معاشه الى التعاضد والتعاون والشهادات من التعاضد والوكالة منه وقد يكون فيها التعاوض ايضا فصارت
كالمركب من المفرد فاوثر تاخيرها انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان قوله وقد يكون فيها التعاوض ايضا كما اذا كان
وكيلا بالبيع او الشراء مثلا انتهى اقول هذا سهو ظاهر لان التعاوض فيما ذكره من المثال انما هو في متعلق الوكالة اعني
الموكل به وهو البيع او الشراء لا في نفس الوكالة والكلام فيها لا في الاول والا فقد يكون التعاوض في متعلق الشهادة ايضا
كما اذا شهد بالبيع او الشراء مثلا والصواب ان مراد صاحب العناية هو انه قد يكون في نفس الوكالة التعاوض كما اذا اخذ الوكيل
الاجرة لاقامة الوكالة فانه غير ممنوع شرعا اذ الوكالة عقد جائز لا يجب على الوكيل اقامتها فيجوز اخذ الاجرة فيها بخلاف
الشهادة فانها فرض يجب على الشاهد اداؤها فلا يجوز فيها التعاوض اصلا ثم ان محاسن شرعية الوكالة ظاهرة اذ فيها قضاء
حوائج المحتاجين الى مباشرة افعال لا يقدرون عليها بانفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة
واقوياء وضعفاء وليس كل احد يرضى ان يباشر الاعمال بنفسه ولا كل احد يهتدي الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية
الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيها
لاصحاب المروات ثم ان ههنا امورا يحتاج الى معرفتها تفسير الوكالة لغة وشرعا ودليل جوازها وسببها وركنها
وشرطها وصفتها وحكمها اما تفسيرها لغة فالوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكله بكذا اذا فوض اليه ذلك والوكيل
هو القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء كانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه واما شرعا فهي عبارة
عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم واما دليل جوازها فالكتاب وهو قوله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه
الى المدينة لان ذلك كان توكيلا وقد قصه الله تعالى عن اصحاب الكهف بلا نكير فكان شريعة لنا والسنة وهي ما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء الاضحية وعروة البارقي به ايضا ووكل عمر بن ام سلمة بالتزويج والاجماع فان الامة
اجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وكذا المعقول يدل عليه على ما سياتي في الكتاب
واما سببها فتعلق البقاء المقدر بتعاطيها كما في ساير المعاملات واما ركنها فالالفاظ التي تثبت بها الوكالة كلفظ
وكلت واشباهه روى بشر عن ابي يوسف اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او هويت او رضيت او شئت
او اردت فذاك توكيل وامر بالبيع واما شرطها فان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام كما سياتي في الكتاب

وستعرف شرطها ولما صفتها فهي انها عقد جائز غير لازم حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه
واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه قال اي القدوري في مختصره كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه
جاز ان يوكل به غيره هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به لاحد فلا يرد علينا ان المسلم لا يجوز له عقد بيع الخمر
وشرائها بنفسه ولو وكل ذميا بذلك جاز عند ابي حنيفة رحمه الله لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس على ما نص عليه
والعجب ان صاحب العناية مع اعترافه بذلك حيث اجاب عن الاعتراض بالصورة المذكورة بان العكس غير لازم وليس بمقصود
قال في شرح هذا المقام هذه ضابطة يتبين بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز انتهى فان العكس اذا لم يكن لازما ولا مقصودا
في الضوابط كيف يتبين بهذه الضابطة ما لا يجوز التوكيل به وقد اعترض على طرد هذه الضابطة بوجوه الاول ان الوكيل
جاز له ان يعقد بنفسه واذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز والثاني ان الانسان جاز له ان يستقرض بنفسه ولو وكل غيره
بالاستقراض لا يجوز والثالث ان الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له ان يوكل المسلم بيعها واجيب عن الاول بان المراد
بقوله يعقده الانسان بنفسه هو ان يكون مستبدا به والوكيل ليس كذلك وعن الثاني بان محل العقد من شرط كون المحل
شروطا على ما عرف وذاك ليس بموجود في التوكيل بالاستقراض لان الدراهم التي استقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف
في ملك الغير باطل ورد هذا بانه منتقض بالتوكيل بالشراء فانه جائز وما ذكر موجود فيه وفرق بان محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل وفي الاستقراض
الدراهم المستقرضة وهي ليست ملكه وقيل هذا لا يجعله المحل فيه باطلا وهو ملك الموكل ودفع بان ذاك محل التوكيل بايفاء
الثمن لا بالاستقراض هذا نهاية ما في العناية اقول ولقائل ان يقول كما ان الامر بالتصرف في ملك الغير باطل كذلك التصرف
بنفسه في ملك الغير باطل فيلزم ان يكون الاستقراض بنفسه ايضا باطلا بناء على هذا وليس كذلك ثم اقول يمكن ان يدفع
ذلك بان المستقرض بنفسه متصرف في ملك نفسه وهو عبارته دون ملك غيره وهو الدراهم المستقرضة واما المامور
بالاستقراض فان تصرف في عبارة نفسه بان قال للمقرض مثلا اقرضني عشرة دراهم كان ذلك استقراضا لنفسه لا للآمر
فله ان يمنع العشرة من الآمر كما صرحوا به وان تصرف في عبارة الآمر بان قال مثلا ان فلانا استقرض منك عشرة
دراهم ففعل المقرض كانت العشرة للآمر ولكن المامور يصير في هذه الصورة رسولا لا وكيلا والباطل هو الوكالة في
الاستقراض دون الرسالة فيه فان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل فالرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد امره
بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو حقه واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل بل العبارة للوكيل
فلا يمكننا تصحيح هذا الامر باعتبار العبارة كما نص عليه في الذخيرة بقي ههنا شيء وهو ان ما ذكر منقوض بجواز التوكيل
بالاستيهاب والاستعارة وسيأتي تمام بحثه ان شاء الله تعالى واجيب عن الثالث بان الذمي كما يملك بيع الخمر بنفسه
يملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز وانما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه
مامور بالاجتناب عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها فكان ذلك امرا عارضا في الوكيل والعوارض لا تقدح في القواعد
حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها لا يرد عليه الحائضة والمحرمة هذا زبدة ما في اكثر الشروح

وأجيب عنه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال والذمي جاز له توكيل المسلم والممتنع توكل المسلم عنه وليس كلامنا
في ذلك الجواز أن يمنع مانع عن التوكل وإن صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها انتهى وقال بعض الفضلاء
هذا على تقدير صحته يكون جوابا عن النقض بالاستقراض أيضا إلا أنه لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف من أن التوكيل
بالاستقراض باطل لم يذكره الشارح في معرض الجواب ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا انتهى أقول ليس هذا بسديد
أما أولا فلأن ما ذكره صاحب العناية ههنا لا يكاد يكون جوابا عن النقض بالاستقراض إذ المانع هناك في نفس التوكيل وهو عدم ولاية
التصرف في ملك الغير والمانع ههنا على رأيه إنما هو في التوكل وهو حرمة اقتراب المسلم من الخمر فأين هذا من ذاك وأما ثانيا فلأن قوله
ولم يجب بما أجاب به غيره من الشراح لذلك أيضا ليس بسديد لأن الذي أجاب به غيره من الشراح ما ذكرناه من قبل وليس فيه شيء ينافي
لما سيجيء من المصنف من أن التوكيل بالاستقراض باطل كما لا يخفى على الفطن فلا وجه لدرج قوله المذكور فيه حتى يجب الحاقه
في قوله إلا أنه لما كان مخالفا لما سيجيء من المصنف الخ ثم قال ذلك القائل بقي فيه بحث إذ التوكيل والتوكل كالكسر والانكسار
ثم ليت شعري ما معنى جوازه انتهى أقول هذا ساقط جدا إذ لا يذهب على ذي مسكة أن الانكسار مطاوع الكسر فلا
يتحقق أحدهما بدون الآخر بخلاف التوكيل والتوكل فإن التوكيل تفويض الأمر إلى الغير والتوكل قبول الوكالة
على ما صرحوا به ولا شك في جواز تحقق الأول بدون الثاني ثم لا ينبغي أن يتوهم لزوم مطاوع لكل فعل متعد ألا يرى
إلى صحة قولك خبرته فلم يختبر وصحة قولك نبهته فلم يتنبه وما أشبههما فمن ذلك قولك وكلته فلم يتوكل
فلا إشكال أصلا قال المصنف في تعليل جواز الوكالة فيما ذكر لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار
بعض الأحوال بأن كان مريضا أو شيخا فانيا أو رجلا ذا وجاهة لا يتولى الأمور بنفسه فيحتاج إلى أن يوكل غيره
فلو لم يجز التوكيل لزم الحرج وهو منتف بالنص فيكون أي الإنسان بسبيل منه أي من التوكيل دفعا للحاجة
ونفيا للحرج واعترض عليه بأنه دليل أخص من المدلول وهو جواز الوكالة فإنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلا و
أجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى في الجنس لا في الأفراد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك الاعتراض مع جوابه
المزبور ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع وح
يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز انتهى أقول وجود الحاجة بدون العجز في باب الوكالة ممنوع فإنهم صرحوا
ومنهم الشارح ابن الهمام بأن الوكالة أبدا إما للعجز وإما للترفه والظاهر أن ليس في صورة الترفه حاجة فتأمل
وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء أي بشراء الأضحية حكيم بن حزام ويكنى أبا خالد وُلد قبل الفيل
بثلاث عشرة سنة أو باثنتي عشرة سنة على اختلاف الروايتين أسلم يوم الفتح وشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
مسلما فكان من وجوه قريش وأشرافها وعاش في الجاهلية ستين سنة وفي الإسلام ستين سنة ومات بالمدينة
في خلافة معاوية سنة أربع وخمسين وهو ابن مائة وعشرين سنة كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم وقال الكرخي
في أول كتاب الوكالة في مختصره حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال حدثنا يعقوب الدورقي قال حدثنا عبد الرحمن بن مهدي
عن سفيان عن أبي حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا يشتري له أضحية

فاشترى له أضحية بدينار فباعها بدينارين ثم اشترى أضحية بدينار فجاءه بدينار وأضحية فتصدق النبي عليه السلام
بالدينار ودعا له بالبركة وبالتزويج عمر بن أم سلمة أي وكله بتزويج أمه أم سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الشروح قال
صاحب غاية البيان ولنا في توكيل عمر بن أبي سلمة نظر لأن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة بعد وقعة في سنة اثنتين
كذا قال أبو عبيدة معمر بن المثنى وكان عمر بن أبي سلمة يوم توفي رسول الله ابن تسع سنين قاله الواقدي فيكون على هذا
الحساب سن عمر بن أم سلمة يوم تزوج أم سلمة سنة واحدة فكيف يوكله رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو طفل لا يعقل
انتهى وقد استبعد المصنف النظر ابن الجوزي حيث قال في هذا الحديث نظر لأن عمر بن أم سلمة كان له من العمر يوم
تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث سنين وكيف يقال لمثل هذا زوج بيانه أنه عليه السلام تزوجها في سنة
أربع ومات عليه السلام ولعمر تسع سنين انتهى وقال ابن عبد الهادي صاحب التنقيح قوله إنه عليه السلام مات
ولعمر تسع سنين بعيد وإن كان قد قاله الكلاباذي وغيره وقال ابن عبد البر إنه وُلد في السنة الثانية
من الهجرة إلى الحبشة ويقوي هذا ما أخرجه مسلم في صحيحه عن عمر بن أبي سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة
للصائم فقال عليه السلام سل هذه فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه السلام يصنع ذلك فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله
لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر فقال صلى الله عليه وسلم أما والله إني لأتقاكم لله تعالى وأخشاكم وظاهر هذا أنه
كان كبيرا وأقول ظاهر قول المصنف وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل الخ يدل على أن المراد به ذكر الدليل
النقلي على قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره بعد أن ذكر دليلا عقليا
عليه فيتجه على ذلك أن توكيل النبي عليه السلام في المادتين المخصوصتين لا يدل على ما في الدعوى المذكورة
من الكلية فلعل الوجه أن يكون المراد به مجرد تأييد ما تقدم من التعليل العقلي الذي مبناه دفع الحاجة
بوقوع التوكيل عند الحاجة من النبي صلى الله عليه وسلم لا إقامة دليل مستقل على الدعوى الكلية السابقة
وكأنه عن هذا قال وقد صح أن النبي عليه السلام وكل الخ ولم يقل ولأن النبي عليه السلام وكل الخ قال
أي القدوري في مختصره ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق أي في جميعها لما قدمنا من الحاجة يشير إليه
قوله لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره إذ ليس كل أحد
يهتدي إلى وجوه الخصومات تعليل الجواز بما قدمه ههنا قال صاحب غاية البيان أما التوكيل بالخصومة في سائر
الحقوق فإنما جاز لما روينا قبل هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل في الشراء فإذا جاز التوكيل فيه جاز في
غيره لأنه عقد يجوز أن يتولاه الموكل بنفسه فجاز أن يوكل غيره كالبيع ولأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه
فجاز أن يوكل به غيره وهو المراد من قوله لما قدمنا انتهى أقول تعليله الثاني الذي هو مراد المصنف بقوله لما قدمنا
صحيح لا ريب فيه وأما تعليله الأول فغير صحيح لأن الكلام ههنا في التوكيل بالخصومات لا في التوكيل في العقود
وما ذكره في تعليله الأول إنما يمشي في العقود دون الخصومات ولذلك قال المصنف وقد صح أن عليا رضي الله عنه
وكل عقيلا أي وكله في الخصومات وإنما كان يختار عقيلا لأنه كان ذكيا حاضر الجواب حتى حكي أن عليا رضي الله عنه

استقبله يوما ومعه عنز فقال علي على سبيل الدعابة احد الثلثة احمق فقال عقيل اما انا وعنزي فعاقلان
وبعدما اسن عقيل وكل عبد الله بن جعفر الطيار اما لانه وقر عقيلا لكبر سنه او لانه انتقص ذهنه فوكل
عبد الله بن جعفر وكان شابا ذكيا كذا في المبسوط اخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة
وكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلني واخرج عن علي رضي الله عنه انه كان وكل
عبد الله بن جعفر بالخصومة وقال الخصاف في ادب القاضي حدثنا معاذ بن اسد الخراساني قال حدثنا عبد الله بن
المبارك عن محمد بن اسحق عن جهم بن ابي الجهم عن عبد الله بن جعفر ان عليا كان لا يحضر الخصومة وكان يقول انها قحما
تحضرها الشياطين فجعل على الخصومة الى عقيل فلما كبر ورق حولها الي فكان علي يقول ما قضي لوكيلي فلي وما قضي
على وكيلي فعلي انتهى وقال الزمخشري في الفائق ان عليا وكل اخاه عقيلا بالخصومة ثم وكل بعده عبد الله بن جعفر
وكان لا يحضر الخصومة ويقول ان لها قحما وان الشياطين تحضرها اي مهالك وشدائد وقحم الطريق ما صعب منه
وشق على الكد انتهى وفي هذا الحديث دليل على جواز التوكيل بالخصومة وفيه دليل ايضا على ان لا يحضر مجلس الخصومة
بنفسه وهو مذهبنا ومذهب عامة العلماء الصنع علي رضي الله عنه وقال بعض العلماء الاولى ان يحضر بنفسه لان الامتناع
من الحضور الى مجلس القاضي من علامات المنافقين وقد ورد الذم على ذلك قال الله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله
ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون انما كان قول المؤمنين اذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم ان يقولوا سمعنا
واطعنا وجوابه ان تاويل الاية الردع للمنافق والاجابة من المؤمن اعتقادا كذا في شرح ادب القاضي وذكر في غاية
البيان وكذا بايفائها واستيفائها اي وكذا يجوز الوكالة بايفاء الحقوق واستيفائها للاحتياج فيها الى الحاجة
الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها اي باستيفاء الحدود والقصاص مع غيبة الموكل اي
عن المجالس واما الوكالة بايفاء الحدود والقصاص فعدم صحتها مطلقا اي مع غيبة الموكل ومع حضوره لم
بين لان ايفاءها انما يكون بتسليم النفس والبدن لاقامة العقوبة الواجبة وهذا لا يتيح الامر الجاني اذ اقامة
العقوبة على غير الجاني ظلم صريح فلذلك اكتفى المصنف بنفي صحة الوكالة باستيفائها مع غيبة الموكل وقال
في تعليله لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهات فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لان في ذلك من ضرب
شبهة كما في كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وشبهة العفو ثابتة
حال غيبته اي غيبة الموكل هذا الوجه بخصوص القصاص اذ الحدود لا يعفى عنها فالمراد ان في القصاص شبهة
اخرى حال غيبة الموكل وهي شبهة العفو لجواز ان يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل بل هو الظاهر
اي بل العفو هو الظاهر للندب الشرعي لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وفي القصاص خلاف الشافعي
فانه يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه ولكنا نقول هذه عقوبة
تندرئ بالشبهات بخلاف سائر حقوقه فافترقا بخلاف غيبة الشاهد حيث يستوفى الحدود والقصاص
عند غيبته لان الظاهر عدم الرجوع يعني ان الشبهة في حق الشاهد هي الرجوع والظاهر في حقه عدم الرجوع

اذ الصدق

٣

اذ الصدق هو الاصل لا سيما في العدول فلم يعتبر مثل هاتيك الشبهة اقول يرد عليه ان الرجم من الحدود
ولا يستوفى عند غيبة الشهود في ظاهر الرواية كما مر في كتاب الحدود وتقتضي ذلك اعتبار شبهة الرجوع في حق
الشهود هناك اللهم الا ان يقال عدم استيفاء الحد اذ ذاك لفوات الشرط وهو بداية الشهود بالرجم لا لمجرد شبهة
الرجوع فتامل وبخلاف حالة الحضرة اي حضرة الموكل في المجلس حيث تستوفى في ذلك عندها لانتفاء هذه الشبهة اي
شبهة العفو فان العفو عند حضور الموكل مما لا يخفى فلا يشتبه اقول لقائل ان يقول ان انتفاء الشبهة المعينة
لا يقتضي انتفاء الشبهة مطلقا والحدود والقصاص تندرئ بمطلق الشبهات فلا يتم التقريب على ان شبهة العفو
مخصوصة بالقصاص فلم يظهر الفرق بين الحضرة والغيبة في استيفاء الحدود اصلا ولما استشعر ان يقال
اذا كان الموكل حاضرا لم يحتج الى التوكيل بالاستيفاء اذ هو يستوفيه بنفسه اجاب بقوله وليس كل احد يحسن
الاستيفاء اما لقلة هدايته او لان قلبه لا يحتمل ذلك فلو منع عنه اي عن التوكيل بالاستيفاء ينسد باب
الاستيفاء اصلا اي ينسد بابه بالنسبة اليه بالكلية فجاز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحسانا
لئلا ينسد بابه قال الله وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال جمهور الشراح في تفسير كلام المص
هذا اي جواز التوكيل باثبات الحدود والقصاص قول ابي حنيفة رحمه الله وقالوا في توجيه تفسيرهم اياه
بهذا المعنى لانه لما قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق اي جميعها وبايفائها واستيفائها واستثنى ايفاء
الحدود والقصاص واستيفاءها بقيت الخصومة بالحدود والقصاص داخلة في قوله بالخصومة في سائر الحقوق
فقال وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا الذي ارتكبوه في حل كلام المص
هنا تكلف بارد وتعسف شارد حيث جعلوا البعض الغير المعين في الكلام السابق بل الداخل في مجرد كلية شامل
اليه بلفظ هذا الذي يشار به الى المحسوس المشاهد او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد ثم ان الاوجه هنا المندرج عن ذلك
حمل كلام المصنف على معنى ظاهر منه وهو ان هذا الذي ذكرناه صريحا فيما مر آنفا من قولنا ويجوز الوكالة بالخصومة
في سائر الحقوق قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة البينة اي
قال ابو يوسف لا يجوز الوكالة بالخصومة في بعض من تلك الحقوق وهو اثبات الحدود والقصاص ايضا
اي كما لا يجوز الوكالة بايفاء الحدود والقصاص واستيفائها بالاتفاق وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف
يعني ان قول محمد مضطرب يذكر تارة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف ولكن الظاهر من تقرير المصنف ترجيح الاول
كما لا يخفى على الفطن قال في الكافي بعد قوله وقول محمد مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة رحمه الله وقيل هذا الاختلاف
بين ابي حنيفة وابي يوسف في غيبته اي غيبة الموكل دون حضرته اي هو جائز في حضرته بالاتفاق لان كلام الوكيل
ينتقل الى الموكل عند حضوره فكانه تكلم بنفسه له اي لابي يوسف ان التوكيل انابة والانابة فيها شبهة
لا محالة وشبهة النيابة تتحرز عنها في هذا الباب اي في باب الحدود والقصاص لانه مما يندرئ بالشبهات
كما في الشهادة على الشهادة اي كالشبهة التي في الشهادة على الشهادة حتى لا يثبت بها الحدود والقصاص

بالاتفاق كما تثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالكتاب القاضي الى القاضي وكما في الاستيفاء اي و
كالشبهة التي في التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص عند غيبة الموكل فانها مانعة لصحة التوكيل بالاتفاق ولابي
حنيفة ان الخصومة شرط محض اي لاحظ لها في الوجوب ولا في الظهور لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة
والشرط المحض حق من الحقوق ويجوز للموكل مباشرته بنفسه فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق اي كما فيها القيام المقتضي
وانتفاء المانع لايقال المانع موجود وهو الشبهة كما في الاستيفاء والشهادة على الشهادة على ما مر لانا نقول الشبهة في الشرط
لا تصلح للمنع اذ لا يتعلق به الوجوب ولا الوجود ولا الظهور بخلاف الاستيفاء فانه يتعلق به الوجود وبخلاف الشهادة على
الشهادة فانها يتعلق بها الظهور وعلى هذا الخلاف المذكور التوكيل بالجواب من جانب من عليه اي من جانب من عليه الحد
او القصاص فاجازه ابو حنيفة رحمه الله ومنعه ابو يوسف رحمه الله وقول محمد رحمه الله مضطرب قال المص وكلام ابي حنيفة فيه
اي في التوكيل بالجواب اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع يعني ان التوكيل بالجواب انما يكون للدفع ودفع الحدود والقصاص يثبت
بالشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال فالشبهة التي ذكرت في دليل ابي يوسف على تقدير
كونها معتبرة لا تمنع ههنا غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه اي على موكله يعني لو اقر هذا الوكيل في مجلس القضاء بوجوب الحد او القصاص
على موكله لم يقبل اقراره استحسانا لما فيه اي في اقراره من شبهة عدم الامر به فلم يعتبر فيما يندرئ بالشبهات والقياس ان يقبل
اقراره لقيامه مقام موكله بعد صحة التوكيل كما في الاقرار بسائر الحقوق ووجه الاستحسان ما ذكر المصنف وتوضيحه انا حملنا
التوكيل بالخصومة على الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما في الحقيقة فالاقرار ضد الخصومة في المجاز
وان اعتبر لقيام الدليل فالحقيقة شبهة يندرئ بالشبهات دون ما يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط وذكره في كثير من الشروح
واعلم ان جواز التوكيل باثبات حد الزنا وحد الشرب فلا يصح اتفاقا لانه لاحق فيهما لاحد من العباد وانما تقام البينة على وجه الحسبة
فاذا كان اجنبيا عنه لا يصح توكيله به نص عليه في الكافي والتبيين وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة سواء
كان التوكيل من قبل الطالب او من قبل المطلوب الا برضى الخصم ويستوي فيه الشريف والوضيع والرجل والمراة والبكر والثيب
كذا في الشروح والفتاوى الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا يعني الا ان يكون الموكل معذورا
بعذر المرض او السفر فحينئذ يجوز التوكيل بالخصومة بدون رضى الخصم عنده ايضا وقالا يجوز التوكيل بغير رضى الخصم اي يجوز
ذلك عندهما في جميع الاحوال سواء رضي به الخصم ام لا وسواء كان الموكل معذورا ام لا وكان ابو يوسف يقول اولا يقبل ذلك
من النساء دون الرجال ثم رجع عن ذلك وقال يقبل من النساء والرجال جميعا وهو قول الشافعي رحمه الله ايضا وبه كان
الفقيه ابو الليث يفتي بقولهما وفي فتاوى قاضي خان وبه اخذ ابو القاسم الصفار وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح
عندي ان القاضي اذا علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل يقبل التوكيل ولا يلتفت اليه وان علم من الموكل القصد الى
الاضرار بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل والتلبيس لا يقبل منه التوكيل وذكر شمس الائمة الحلواني ان ذلك
يفوض الى راي القاضي وهذا قريب من الاول انتهى قال المصنف ولا خلاف في الجواز اي لا خلاف بين ابي حنيفة وبين صاحبيه
والشافعي في الجواز حتى انه اذا وكل فرضي الخصم لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة انما الخلاف في اللزوم

معناه

معناه انه اذا وكل من غير رضى الخصم هل يرتد برده ام لا عنده يرتد خلافا لهم فعلى هذا التاويل يكون معنى قول القدوري
قال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم اي لا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم لان الجواز من لوازم اللزوم
فيجوز ذكر اللازم وارادة الملزوم كذا في الشروح وقد نظر فيه صاحب العناية تحريرا وايرادا حيث قال فعلى هذا يكون قوله
لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى الخصم مجاز القول ولا يلزم ذكر الجواز واراد اللزوم فان الجواز لازم اللزوم فيكون ذكر
اللازم وارادة الملزوم وقال وفيه نظر لانا لا نسلم ان الجواز لازم اللزوم عرفا كذلك في اصول الفقه سلمناه لكن ذلك ليس بمجاز
انتهى اقول الظاهر ان مراده بقوله لكن ذلك ليس بمجاز الرد على قوله مجازا بان ما ذكر ليس من قبيل المجاز بل هو من قبيل الكناية
بناء على ما ذهب اليه السكاكي من ان الانتقال في المجاز من الملزوم الى اللازم وفي الكناية من اللازم الى الملزوم لكنه لم يبق شيء اما
اولا فلان لفظ المجاز لم يذكر في تحرير غيره من الشراح ولا يتوقف عليه صحة التاويل المذكور فانه يصح سواء كان بطريق المجاز
او بطريق الكناية فكان مدار رده المرتب على لفظ زاده من عند نفسه في بيان التاويل المذكور واما ثانيا فلانهم حققوا ان
الانتقال في المجاز والكناية كليهما من الملزوم الى اللازم ورد واما ذهب اليه السكاكي بان اللازم ما لم يكن ملزوما لم ينتقل منه الى
الملزوم وجعلوا العمدة في الفرق بينهما جواز ارادة المعنى الموضوع له وعدم جوازها فحينئذ يجوز ان يجعل اللفظ يعني
فيما نحن فيه مجازا عن معنى يلزم بلا تعدد ورا صلا ثم قال صاحب العناية والحق ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضى
الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم بل ان رضي به الخصم صح والا فلا فلا حاجة الى قوله والخلاف في الجواز والى التوجيه
بجعله مجازا انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان هذا الكلام خال عن التحصيل لانه ان اراد بقوله ان قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة
الا برضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ان معنى الاول من حيث الحقيقة هو معنى الثاني بعينه فليس كذلك قطعا
اذ لا شك ان معنى الجواز من حيث الحقيقة يغاير معنى اللزوم فنفي الاول يغاير نفي الثاني قطعا وان اراد بذلك ان الثاني هو المراد
من الاول لمجاز او كناية فلا وجه لقوله فلا حاجة الى قوله ولا خلاف في الجواز فان المتبادر من الالفاظ معانيها الحقيقية فيتبادر
الى ذهن الناظر في مسئلتنا هذه ان يكون الخلاف في نفس الجواز فدفع المصنف ذلك بقوله ولا خلاف في الجواز انما الخلاف
في اللزوم فهذا كلام لا غبار عليه ثم اعلم ان المصنف ليس باول من حمل الخلاف المذكور على اللزوم بل سبقه الى ذلك كثير من
المشايخ منهم الامام شمس الائمة السرخسي حيث قال في شرح ادب القاضي ان التوكيل عند ابي حنيفة بغير رضى الخصم صحيح ولكن للخصم
ان يطالب الموكل بان يحضر بنفسه ويجيب ومنهم الامام علاء الدين العالم حيث قال في طريقة الخلاف التوكيل بغير رضى الخصم
لا يقع لازما وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يقع لازما وذكر في المحيط البرهاني ان رضى الخصم ليس بشرط لصحة التوكيل و
لزومه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقد اختلف المشايخ على قول ابي حنيفة رحمه الله بعضهم قالوا رضى الخصم عنده ليس بشرط
صحة التوكيل بل هو شرط لزومه وقال بعضهم لا بل رضى الخصم عنده شرط صحة التوكيل وانما اختلفوا لاختلاف الفاظ الكتب
ذكر في شفعة الاصل ان التوكيل بغير رضى الخصم باطل في قول ابي حنيفة رحمه الله وذكر في وكالة الاصل لا يقبل التوكيل بغير رضى
الخصم عند ابي حنيفة رحمه الله والصحيح ان التوكيل عنده صحيح غير لازم حتى لا يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل
الا ان يكون الموكل مريضا مرضا لا يمكنه الحضور بنفسه مجلس الحكم او غائبا مسيرة سفر فحينئذ يلزم عنده ما نهى

وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا لهما اى لابي يوسف ومحمد ان التوكيل تصرف في خالص حقه اى في خالص حق الموكل وهذا لانه اما ان يوكله بالخصومة اى بالجواب وكلاهما من خالص حقه اما الخصومة فلانها الدعوى وهي خالص حق المدعي حتى لا يجبر عليها واما الجواب فلانه اما انكار او اقرار وكل واحد منهما خالص حق المدعى عليه واذا كان كذلك فلا يتوقف على رضى غيره فصار كالتوكيل بتقاضي الديون وقبضها وايفائها ولـه اى لابي حنيفة ان الجواب مستحق على الخصم يعني ان الجواب حق واجب للمدعي على المدعى عليه ولهذا يستحضره اى يستحضر المدعي الخصم في مجلس القاضي قبل ان يثبت له عليه شي ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما في الباب ان يكون التوكيل تصرفا في خالص حق الموكل لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير وههنا ليس كذلك اذ لا شك ان الناس متفاوتون في الخصومة اى من جهة الدعوى والاثبات ومن جهة الدفع والجواب فرب انسان يصور الباطل في صورة الحق ورب انسان لا يمكنه تمشية الحق على وجهه وقد دل عليه قوله عليه الصلوة والسلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض فمن قضيت له بشي من مال اخيه فلا يأخذ فانما اقطع له قطعة من نار ذكره في ادب القاضي والاسرار ومعلوم انه لا يوكل عادة الا من هو الد واشد في الخصومة ليغلب على الخصم فلو قلنا بلزومه اى بلزوم التوكيل بالخصومة بلا رضى الخصم يتضرر به اى يتضرر الخصم به فيتوقف على رضاه فصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما اى احد الشريكين يتخير الاخر اى يتخير الشريك الاخر بين امضاء الكتابة وفسخها لكان تصرف احدهما متوقفا على رضى الاخر وان كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه قال صاحب النهاية في شرح الدليل المذكور من قبل ابي حنيفة ومعنى هذا الكلام ان الخصومة والجواب مستحق عليه بدليل ان القاضي يقطعه عن اشغاله ويحضره ليجيب خصمه والناس يتفاوتون في هذا الجواب فرب انكار يكون اشد دفعا للمدعي من انكار والظاهر ان الموكل انما يطلب من الوكيل ذلك الاشد فان الناس انما يقصدون بهذا التوكيل ان يشتغل الوكيل بالحيل والاباطيل ليدفع حق الخصم عن الموكل وفيه اضرار بالخصم واكثر ما في الباب ان يكون توكيلا بما هو من خالص حقه ولكن لما كان يتصل به ضرر بالغير من الوجه الذي قلنا لا يملكه بدون رضاه انتهى كلامه وعلى هذا المنوال سيق الدليل المزبور في الكافي ومعراج الدراية ايضا اقول فيه نظر لان اصل هذه المسئلة عام لصورة التوكيل من جانب المدعي ولصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما افصح عنه الشراح قاطبة في صدر هذه المسئلة وصرح به في عامة كتب الفتاوى ايضا وفي تقرير الدليل المزبور على الوجه الذي ذكره هؤلاء الشراح تخصيص لكل بصورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما ترى فكان قاصرا منهم لتحمل التقرير بوجه يتم الصورتين معا كما ذكرنا في شرحنا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولابي حنيفة انا لا نسلم انه تصرف في خالص حقه فان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره في مجلس القاضي والمستحق للغير لا يكون خالص الصالة سلمنا خلوصه له لكن تصرف الانسان في خالص حقه انما يصح اذا لم يتضرر به غيره وههنا ليس كذلك لان الناس يتفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه جعل ما ذكر في الكتاب من قبل ابي حنيفة دليلين احدهما منعي لما قاله والاخر تسليمي لم فيرد على الدليل الاول ما يرد على تقرير صاحب النهاية وغيره من كون الدليل مخصوصا باحد صورتي

المسئلة العامة المدعاة تأمل تقف فالوجه ان يجعل المجموع دليلا واحدا ويقرر بوجه يعم الصورتين معا كما فعلنا في شرحنا لكن الانصاف ان تأثير المقدمة القائلة ان الجواب مستحق على الخصم انما هو في صورة التوكيل من جانب المدعى عليه كما لا يخفى على الفطن المتامل بخلاف المريض والمسافر متصل بقوله الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا والمراد بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه وذلك لان الجواب غير مستحق اى غير واجب عليهما اى على المريض والمسافر هنالك اى فيما اذا كان الموكل مريضا او مسافرا لعجز المريض بالمرض وعجز المسافر بالغيبة فلم يسقط عنهما الجواب لزم الحرج وهو منتف بالنص قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج اقول ههنا شي وهو ان ما ذكره المصنف من الفرق انما يفيد في صورة ان كان التوكيل من جانب المدعى عليه واما في صورة ان كان من جانب المدعي فلا لان الجواب غير مستحق على المدعي سواء كان صحيحا مقيما او مريضا مسافرا فان الجواب انما يجب على من يجبر على الخصومة لا على من لا يجبر عليها مع ان المسئلة عامة للصورتين معا كما تحققته فكان ينبغي ان يزاد عليه ان يقال ان توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من الموت وافات التأخير اشد من الضرر اللازم بتفاوت الناس في الخصومة فيتحمل الادنى لدفع الاعلى وفي فتاوى قاضيخان واجمعوا على ان الوكيل لو كان غائبا ادنى مدة السفر او كان مريضا في المصر لا يقدر ان يمشي على قدميه الى باب القاضي كان له ان يوكل متعنتا كان او مدعى عليه وان كان لا يستطيع ان يمشي على قدميه ولكن يستطيع ان يمشي على ظهر دابة او ظهر انسان فان ازداد مرضه بذلك صح التوكيل وان كان لا يزداد اختلفوا فيه قال بعضهم هو على الخلاف ايضا وقال بعضهم له ان يوكل وهو الصحيح انتهى ثم كما يلزم التوكيل عنده اى عند ابي حنيفة بعذر السفر والمرض يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة اذ لو لم يلزم لتحقق الحرج بالانقطاع عن مصالحه وفي فتاوى قاضيخان وكما يجوز للمسافر ادنى مدة السفر ان يوكل بغير رضى الخصم يجوز لمن اراد ان يخرج الى السفر لكن لا يصدق انه يريد السفر ولكن القاضي ينظر الى زيه وعدة سفره او يسال عمن يريد ان يخرج معه فيسال عن رفقائه كما في فسخ الاجارة انتهى ولو كانت المرأة مخدرة اختلفت عبارات المشايخ في تفسير المخدرة فقال بعضهم هي التي لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس القاضي وقال الامام البزدوي هي التي لا يراها غير المحارم واما التي جلست على المنصة فراها الاجانب لا تكون مخدرة فاختار المصنف التفسير الاول حيث قال لم تجر عادتها بالخروج وحضور مجلس الحاكم فان هذا صفة كاشفة للمخدرة جارية مجرى التفسير لها قال الرازي اراد به الامام ابا بكر الجصاص احمد بن علي الرازي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع واحكام القرآن واليه انتهت رياسة اصحاب ابي حنيفة ببغداد بعد الشيخ ابي الحسن الكرخي وكانت ولادته سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين وثلثمائة يلزم التوكيل اى يلزم التوكيل منها بلا رضى الخصم وبدون عذر المرض والسفر لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها دفعا للحرج فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين وهي لا تعرف الخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث الحاكم اليها ثلثة من العدول يستحلفها احدهم ويشهد الاخران على حلفها وكذا في المريضة اذا وجب عليها يمين لان النيابة لا تجري في الايمان هكذا ذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي وذكر فيه وان كان يبعث الى المخدرة والمريضة او الى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك

قال في العناية كالتوكيل بالتقاضي اى بقبض الديون وتبعه اكثر من الحواشي حيث قال في تفسير قول المصنف بتقاضي الديون اى بقبض الديون اقول يشبه ان ذلك باب الوكالة بالخصومة والقبض ان التقاضي في معنى القبض ومنها الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع ولهذا كان الفتوى على ان الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض نص على ذلك في الفتاوى فالتقاضي بالقبض وقبضها وايفائها

يجوز لان مجلس الخليفة كمجلسه كذا في معراج الدراية وغيره قال رضي الله عنه اي قال المص وهذا اي ما قاله
الرازي شيء استحسنه المتأخرون وفي فتاوى قاضي خان ويجوز للمرأة المخدرة ان توكل وهي التي لم تخالط الرجال
بكرا كانت او ثيبا كذا ذكره ابو بكر الرازي وقال الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده ظاهر المذهب عن ابي حنيفة رحمه الله
انها على الاختلاف ايضا وعامة المشايخ اخذوا بما ذكره ابو بكر الرازي وعليه الفتوى انتهى قال اي القدوري
في مختصره ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قيل هذا على قول ابي يوسف ومحمد فاما على قول ابي حنيفة
فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم
الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد بان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف
وان امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وانما امتنع بعارض النهي كذا في الكافي والكفاية والتبيين قال
صاحب النهاية في تفسير قوله ممن يملك التصرف اي ممن يملك ذلك التصرف الذي وكل الوكيل به وقال قد ذكرنا في اوائل
كتاب الوكالة من رواية الذخيرة ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما على قول ابي حنيفة رحمه الله
فمن شرط الوكالة كون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا لذلك التصرف الذي وكل الوكيل به فليس
بشرط ثم قال فان قلت يشكل على ما ذكره في الكتاب بما ذكره في الذخيرة بقوله واذا قال الرجل لغيره خذ عبدي هذا
وبعه بعبد او قال اشتر لي به عبدا صح التوكيل بهذا وان لم يصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف فانه لو قال
لغيره بعتك هذا العبد بعبد او قال اشتريت منك بهذا العبد عبدا لا يجوز قلت انما جاز ذلك في التوكيل ولم
يجز في مباشرة نفسه لوجود المعنى الفارق بينهما وهو ان الجهالة تمنع عن الجواز لافضائها الى المنازعة
واما اذا لم تفض اليها فلا تمنع كما في بيع قفيز من صبرة طعام وشرائه ثم جهالة الوصف في التوكيل لا تفضي الى
المنازعة لان التوكيل استعانة بالرأي ولا كذلك المباشرة لانها لازمة فتفضي الى المنازعة والمانع من الصحة المنازعة
لا نفس الجهالة انتهى كلامه اقول فيه بحث لان الفارق المذكور فيه انما افاد علية صحة التوكيل في مسئلة الذخيرة
وعدم صحة المباشرة بنفسه في مثلها وهذا القدر لا يدفع السؤال المذكور بل يقويه لان حاصله ان ما ذكر في الكتاب
من شرط الوكالة غير متحقق في مسئلة الذخيرة مع تحقق المشروط فيها والفارق المذكور يقرر هذا المعنى كما لا
يخفى وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد واما على قول ابي حنيفة
رحمه الله فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف فان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده وقد نشأ
هذا التوهم ان جعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون معناه
يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل والمراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل
ان يكون الموكل يملك التصرف فان الانسب بكلمة من جنس التصرف انتهى وقد ورد بعض الفضلاء على قوله فان الانسب
بكلمة من جنس التصرف وأجاب حيث قال لا يخفى عليك ان مدخول كلمة من هو قوله من يملكه دون التصرف والجواب ان مراده
ان المالك للتصرف المخصوص لا يتعدد حتى يستقيم ادخال من في من يملك انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فانا لا نسلم ان المالك

للتصرف المخصوص لا يتعدد الا يرى الى الحقوق المشتركة مثلا كانت او غيرها فان كل واحد من اصحابها يملك التصرف فيها تصرفا
مخصوصا وان وصل مبلغهم في التعدد الى الالف مثلا اذا كانت دار مشتركة بين كثيرين فلا شك ان كل واحد منهم
يملك التصرف فيها بسكنى او غيره ولئن سلمنا ذلك فلا نسلم عدم استقامة ادخال من ح في من يملك فان ذلك انما يتوهم
لو كانت كلمة من هيهنا للتبعيض واما اذا كانت للتبيين كما هو الظاهر في المقام فيستقيم جدا كما لا يخفى ثم ان ما ذكره كلا منهما
على ان يكون مراد صاحب العناية بكلمة من في قوله فان الانسب بكلمة من جنس التصرف حرف الجر الداخل على الاسم الموصول
والظاهر ان مراده بها نفس الاسم الموصول بدليل قوله يملك التصرف في قوله حيث لم يقل ان يكون الموكل يملك التصرف اذ لو كان
مدار كلامه زيادة حرف الجر لقال حيث لم يقل ان يكون الموكل من يملك التصرف بجعل عدم حرف الجر فقط فوجه الانسبية ح ان
الاسم المذكور من مبهمات المعارف على ما عرف في النحو ومن الالفاظ العام على ما عرف في الاصول فيكون المراد به جنس المالك
لا الفرد المعين منه ولا شك ان الذي يملك جنس المالك هو جنس التصرف دون التصرف المعهود ثم قال كما البعض ثم ان الا
ترى فانت في قوله ويقبض كما لا يخفى اقول هذا ايضا ليس بسديد لان قوله ويقبض وان لم يكن مقرونا بكلمة من لفظا لكنه
مقرون بها حكما فانه معطوف على ما هو في حيز كلمة من وهو قوله يعقل العقد في قوله ممن يعقل العقد ولا شك ان المعطوف
في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما تبادر على ما تقرر في علم الادب فقد حصلت الانسبية المذكورة هناك ايضا ثم ان احمل التصرف
في قول القدوري ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف على جنس التصرف دون التصرف الذي وكل به مما سبق اليه
صاحب غاية البيان بحيث قال قيل لا يستقيم هذا الشرط الا على مذهب ابي يوسف ومحمد لانه لو كان شرط الوكالة ان يكون
الموكل مالكا للتصرف على مذهب ابي حنيفة لم يجز ان يوكل المسلم الذمي ببيع خمر او شرائها وهو جائز على مذهب ابي حنيفة مع ان
المسلم لا يملك التصرف بنفسه فعلم انه ليس بشرط على مذهبه بل الشرط عنده ان يكون الوكيل مالكا لذلك التصرف
الذي وكل به ثم قال قلت هذا الشرط الذي شرطه القدوري يستقيم على مذهب الكل وانما خفي هذا القائل لانه لم يقف
على مذهبهما لانه لا يدرك كنه كلام القدوري اذ مضمون كلامه ان الوكالة لها شرط في الموكل وشرط في الوكيل فالاول ان
يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام والثاني ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده ومعنى قوله ان يكون ممن يملك
التصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف وهذا المعنى
حاصل في توكيل المسلم الذمي في الخمر والخنزير بيعا وشراء لان المسلم الموكل عاقل بالغ له ولاية شرعية في جنس التصرف على
وجه يلزمه حكم التصرف فيما تصرف بولايته والشرط الآخر وهو ان يعقل العقد ويقصده حاصل في الوكيل ايضا وهو الذمي
لانه يعقل معنى البيع والشراء ويقصده فصح الشرط اذن على مذهب الكل والحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي
لولا ان هدانا الله الى هنا كلامه ورد عليه الشارح ابن الهمام حيث قال قيل انما يستقيم الشرط الاول على قولهما اما على قوله
فلا لانه يجيز توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه واجاب بعضهم بان المراد بملكه للتصرف ان يكون له ولاية
شرعية في جنس التصرف باهلية نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم الذمي ببيع خمر وشرائها ثم
حمد الله على ما هداه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح بل اذا وكل الصبي

المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع انتهى اقول ما ذهب اليه صاحب العناية ههنا ليس بشى لما تبين ان يقال لهو خطاء
بمجرد ما ذكره ابن الهمام فان الذى يتمه فى توجيه المقام هو قوله المراد بملك التصرف ان يكون الولاية شرعية فى جنس التصرف
باهلية نفسه وهذا لا يقتضى ان لا يصح توكيل الصبى المأذون كما لا يخفى على العارف بحكم الصبى المأذون على مذهبنا فى فصل
واما على قوله بان يكون عاقلا بالغا فنفصله من التوجيه ذكره لبيان ان المقصود بالشرط المذكور هو الاحتراز عن المجنون
والصبى المحجور واما الصبى المأذون فكونه بمنزلة البالغ فى عامة التصرفات معلوم فى محله فهو فى حكم المستثنى ومن هذا
ترى الفقهاء فى كل عقد جعلوا العقل والبلوغ شرطا فيه وقصدوا به الاحتراز عن الصبى والمجنون لم يستثنوا الصبى المأذون
عنه صراحة ويلزمه الاحكام قيل هذا احتراز عن الوكيل فان الوكيل ممن لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك لان الوكيل
بالشراء لا يملك المبيع والوكيل بالبيع لا يملك الثمن فلذلك لا يصح توكيل الوكيل غيره وقيل هو احتراز عن الصبى والعبد
المحجورين فانهما لو اشتريا شيئا لا يملكانه فلذلك لم يصح توكيلهما كذا فى اكثر الشروح وقال صاحب غاية البيان للقيل الثانى
وهذا هو الاصح من الاول ولم يبين وجهه وقال صاحب العناية قوله ويلزمه الاحكام يحتمل احكام ذلك التصرف فى جنس
الاحكام فالاول احتراز عن الوكيل اذا وكل فانه يملك ذلك التصرف دون التوكيل به لانه لم يلزمه الاحكام وعلى
هذا يكون فى الكلام شرطان والثانى احتراز عن الصبى والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الاحكام شرطا
واحدا وهذا اصح لان الوكيل اذا اذن له بالتوكيل صح ولم يلزمه احكام ذلك التصرف فان قلت اذا جعلتهما شرطا
واحدا لزمك الوكيل فانه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الاحكام ولا يجوز توكيله قلت غلط لان وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشروط لا سيما مع وجود المانع وهو فوات رايه انتهى كلامه لان الوكيل يملك التصرف
من جهة الموكل تعليل لاشتراط ما شرطنا للوكالة به يعنى ان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائبا عنه فيكون التوكيل
تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال فلا بد ان يكون الموكل مالكا للتصرف ليملكه من غيره قال صاحب العناية
ولقائل ان يقول الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل او التصرف الذى وكل فيه والثانى مسلم وينتقض بتوكيل
المسلم الذمى ببيع الخمر والاول ممنوع فانه يملكه باهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح والجواب ان الوكيل من حيث هو وكيل
يملك جنس التصرف من جهة الموكل على ان الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق
الوكالة ولا الكلام فيه ولا ينافيه ايضا لجواز ثبوت شى بامرين على البدل انتهى اقول فى جوابه نظر لان كون الوكيل
من حيث هو وكيلا مالكا لجنس التصرف من جهة الموكل انما يتوهم فى التوكيل بتصرف لا بعينه بان قال اصنع ما شئت او اعمل
برايك واما فى التوكيل بتصرف بعينه كما فيما نحن فيه من مادة النقض بتوكيل مسلم ذميا ببيع خمر فلا يتصور ذلك قطعا
اذ لا شك ان الوكيل هناك انما يملك من جهة الموكل التصرف المعين المعهود الذى وكل به وهو بيع الخمر لا جنس التصرف مطلقا
والا لصح له ان يتصرف هناك بتصرف آخر كان وهب الخمر التى وكل ببيعها للذمى او يشترى بها منه شيئا او نحو ذلك
من جنس التصرفات وليس كذلك قطعا والحق عندى فى الجواب ان يختار الشق الثانى وهو ان الوكيل يملك التصرف
الذى وكل به من جهة الموكل ويدفع النقض المذكور بحمل ما فى الكتاب على قول ابى يوسف ومحمد او بناء ذلك على الاصل

فان

فان بيع الخمر جائز للمسلم فى الاصل وانما امتنع بعارض النهى وقد ذكرنا كلا الوجهين فى صدر الكلام نقلا عن الكتب
المعتبرة ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد بان يعرف مثلا ان البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير
من الغبن الفاحش كذا ذكر فى ما ذون الذخيرة وفى اكثر المعتبرات وهو احتراز عن الصبى الذى لا يعقل والمجنون ويقصده
اى يقصد العقد والمراد ان لا يكون هازلا فيه كذا راى جمهور الشراح ورد عليهم الشارح ابن الهمام حيث قال بعد نقل
قولهم اى انه يبطل بين صحة الوكالة وكون الوكيل هازلا فى البيع ولو كان فى بيع ما وكل ببيعه غايته ان لا يقع ذلك
البيع والوكالة صحيحة انتهى اقول يخرج الجواب عنه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ههنا حيث قال القصد شرط وقوع
العقد عن الآمر حتى لو تصرف هازلا لا يقع عنه انتهى فتامل وانما اشترط ذلك فى الوكيل لانه يقوم مقام الموكل فى
العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة واهلية العبارة لا تكون الا بالعقل والتمييز لان كلام غير المميز كالحان الطيور
حتى لو كان اى الوكيل صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا اذ ليس لهما اهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم
قال صاحب العناية وهذا يشير الى ان معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليس بشرط فى صحة التوكيل لكنه ذكر فى الكتاب ذلك
شرطا وهو مشكل لانهم اتفقوا على ان توكيل الصبى العاقل صحيح ومعرفة ان ما زاد على ده نيم فى المتاع وده يازده فى الحيوان
وده دوازده فى العقار او ما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه احد الا بعد الاشتغال بعلم الفقه انتهى اقول
فيه بحث لانه ان اراد ان معرفة نفس الغبن الفاحش الداخل تحت احد التفسيرين المذكورين مما لا يطلع عليه احد
الا بعد الاشتغال بعلم الفقه فممنوع اذ لا شك ان من لا يمارس العلم اصلا فضلا عن الاشتغال بعلم الفقه يعرف
باختلاطه بالناس وتعامله معهم ان ما زاد على ما يدخل تحت تقويم المقومين او ما زاد على ده نيم فى المتاع وده يازده
فى الحيوان وده دوازده فى العقار غبن فاحش وما دون ذلك غبن يسير كما هو حال اكثر اهل السوق وان اراد
ان معرفة عبارات اهل الشرع فى الغبن الفاحش واليسير واصطلاحاتهم فيه مما لا يطلع عليه احد الا
بعد الاشتغال بعلم الفقه فمسلم لكن لا يجديه ذلك شيئا اذ لا يخفى ان المراد بما ذكر فى الكتب معرفة الغبن اليسير من الفاحش
على الوجه الاول دون الثانى واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز هذا لفظ القدورى فى مختصره وكان ينبغى
ان يقيد بالعاقل ايضا لان المجنون اذا وكل غيره لا يجوز وكانه انما لم يقيد بذلك بناء على الغالب لان غالب احوال
الانسان ان يكون عاقلا او بناء على ان اشتراط العقل مما يعرفه كل احد وانما اطلق المأذون ليشمل العبد والصبى
المأذونين فان توكيل كل واحد منهما غير جائز لكسائر تصرفاتهما ثم ان هذا غير منحصر فى المثلية فى صفة الحرية والرق
بل يجوز للموكل ان يوكل من فوقه كتوكيل العبد المأذون الحر او من دونه كتوكيل الحر العبد المأذون الا يرى ان التعليل
بقوله لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة يشمل الاوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية
كما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية وعن هذا قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية ولو قال كل منهما كان اشمل
لتناوله توكيل الحر البالغ مثل او المأذون وتوكيل المأذون مثل او الحر البالغ انتهى وصاحب العناية قد رام
توجيه الكلام فى هذا المقام حيث قال وفيهم من قوله مثلهما جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الاولى اقول

لا يذهب عليك انه لا يجدي كثير طائل اذ يبقى ح جواز توكيل من كان دون الموكل محلا للكلام على ان قوله من كان
فوقهما لا يخلو عن سماجة اذ لا احد فوق الحر البالغ وان وكل اى الحر البالغ او المأذون صبيا محجورا عليه يعقل
البيع والشراء او عبدا محجورا عليه جاز خلافا للشافعي ولا يتعلق بهما الحقوق اى حقوق ما باشراه من العقد
كالقاضي وامينه حيث لا عهدة عليهما فيما فعلاه وتتعلق بموكلهما وانما جاز توكيلهما عندنا لانتفاء ما يمنعه
اما من جانب الموكل فظاهر واما من جانب الوكيل فلما ذكره المصنف بقوله لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ
تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له اى للتصرف على نفسه ولهذا صح طلاقه واقراره
بالحدود والقصاص وانما لا يملكه اى التصرف في حق المولى دفعا للضرر عنه والتوكيل ليس تصرفا في حقه اى في
حق المولى لان صحة التوكيل تتعلق بصحة العبارة والعبد باق على اصل الحرية في حق صحة العبارة فان صحتها
بكونه آدميا الا انه لا يصح منهما اى من الصبي والعبد المحجور عليهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته اى اما الصبي
المحجور عليه فلقصور اهليته بعدم البلوغ والعبد لحق سيده اى واما العبد المحجور عليه فلثبوت حق سيده
في ماليته فلو لزمه العهدة لتضرر به المولى واذا كان كذلك فتلزم اى العهدة الموكل [illegible]
حيث انتفع بتصرفهما ويفهم من هذا التعليل ان العبد اذا اعتق لزمه العهدة لان المانع من لزومها كان حق
المولى وقد زال ذلك بالعتق وان الصبي اذا بلغ لم يلزمه العهدة لان المانع من لزومها كان قصور اهليته
حيث لم يكن قوله ملزما في حق نفسه في ذلك الوقت فلم تلزمه بعد البلوغ ايضا والفرق بينهما بهذا الوجه مما ذكر
في المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام قاضي خان ثم ان في تقييد الصبي والعبد بقوله المحجور عليه اشارة الى انهما
لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن ذلك ليس بمطلق بل فيه تفصيل ذكر في الذخيرة وهو ان الصبي المأذون
اذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالا او مؤجلا واذا وكل بالشراء فان وكل بالشراء بثمن
مؤجل لم يلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن لان
ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشترى وهنا لم يكن كذلك
انما هذا التزم مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو حد الكفالة والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن
لا ضمان الكفالة واما اذا وكل بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان
ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبسه بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشترى
لنفسه ثم باع منه والصبي المأذون من اهل ذلك بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه بما يضمن من الثمن لا يملك
المشترى لا من حيث الحقيقة ولا من حيث الحكم لانه لا يملك حبسه بذلك فكان ضمان كفالة من حيث المعنى و
الجواب في العبد المأذون اذا وكل بالبيع والشراء على هذا التفصيل ثم اعلم ان الصبي والعبد المحجورين وان لم
يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكر في الكتاب من جنس فصل الشراء ان التوكيل
بعقد السلم حيث قال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق

كالصبي والعبد

كالصبي والعبد المحجور عليه انتهى وعن ابي يوسف ان المشترى اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او عبد
وفي بعض النسخ او مجنون فقيل المراد به من يجن ويفيق وقيل على حاشية نسخة المصنف محجور مقام مجنون
قال صاحب الكفاية بعد نقل هذين القولين وفي الكافي للعلامة النسفي ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور
فالظاهر ان قوله مجنون تصحيف انتهى له خيار الفسخ اى للمشترى خيار الفسخ في هذه الصورة لانه اى لان
المشترى دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد يعني ان المشترى ما رضي بالعقد الا على اعتقاد ان
حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير لانه فات عنه وصف مرغوب فصار كما اذا عثر اى اطلع على
اى على عيب لم يرض به والجامع بينهما عدم الرضاء وفي ظاهر الرواية لا خيار للمشترى ولا للبائع ذكره تاج
الشريعة قال اى القدوري في مختصره والعقود التي يعقدها الوكلاء على ضربين وقال في بعض نسخ
والعقد الذي يعقده الوكلاء اى جنس العقد كذا في غاية البيان كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اى
يصح اضافته الى نفسه ويستغني عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل اقول
هذه الكلية تنتقض بما اذا كان الوكيل صبيا محجورا عليه او عبدا محجورا عليه فان حقوق عقد مما تتعلق بالموكل
وان كان العقد مما يضيفه الوكيل الى نفسه كما عرفته فيما مر وقال الشافعي تتعلق بالموكل وبه قال مالك واحمد
لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار اى صار الوكيل في هذا الضرب
كالرسول بان قال رجل لآخر كن رسولي في بيع عبدك وحقوق العقد لا تتعلق بالرسول بالاتفاق والوكيل بالنكاح
اى وصار كالوكيل بالنكاح من الضرب الثاني فان حقوق عقد النكاح تتعلق بالموكل اتفاقا كما سيجئ ولنا ان الوكيل
هو العاقد يعني ان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة اى من حيث الحقيقة لان العقد يقوم بالكلام
وصحة عبارته اى وصحة عبارة العاقد اى صحة كلامه لكونه آدميا له اهلية الايجاب والاستيجاب
لا لكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه له ولغيره سواء وفي الكافي فقضيته تستدعي ان يكون الحاصل بالتصرف
واقعا لغيره الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق
وكذا حكما اى وكذا الوكيل في هذا الضرب هو العاقد من حيث الحكم لانه اى الوكيل يستغني عن اضافة العقد الى
الموكل ولو كان سفيرا عنه ما استغنى عن ذلك اى عن اضافة العقد الى الموكل كالرسول والوكيل بالنكاح
فانهما لا يستغنيان عن الاضافة اليه واذا كان كذلك اى اذا كان الوكيل في هذا الضرب هو العاقد حقيقة وحكما
كان اصلا في الحقوق فتتعلق به اى تتعلق الحقوق بالوكيل دون الموكل فلهذا اى فلكون الوكيل في هذا الضرب
اصلا في الحقوق قال في الكتاب اى قال القدوري في المختصر وقيل اى قال محمد في الجامع الصغير او المبسوط
يسلم المبيع اى يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن اذا باع ويطالب بصيغة المجهول اى يطالب الوكيل بالثمن
اذا اشترى ويقبض المبيع اى ويقبضه اذا اشترى ويخاصم في العيب ويخاصم فيه بفتح الصاد في الاول
وكسرها في الثاني فالاول فيما اذا باع والثاني فيما اذا اشترى على الترتيب السابق واعلم ان ههنا فائدة جليلة

يجب التنبه لما قد ذكرها صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال يجب ان يعلم ان الحقوق نوعان حق يكون للوكيل
وحق يكون على الوكيل فالاول كقبض المبيع ومطالبة ثمن المشترى والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق
ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه الامور لكن لا تجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال لانه متبرع
في العمل بل يوكل الموكل بهذه الافعال وسياتي في كتاب المضاربة بعض هذا وان مات الوكيل فولاية هذه الافعال
لورثته فان امتنعوا وكلوا موكل مورثهم وعند الشافعي للموكل ولاية هذه الافعال بلا توكيل من الوكيل او
وارثه وفي النوع الاخر يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي ان يجبر الوكيل على تسليم المبيع وتسليم الثمن واخواتهما
الى هنا كلامه والملك يثبت للموكل خلافة عنه اي عن الوكيل هذا جواب عما قال الشافعي ان الحقوق تابعة للحكم
التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه تقريره ان الملك يثبت للموكل ابتداء لكن الاصالة في ثبت
له توابعه ايضا بل خلافة عن الوكيل ومعنى الخلافة ان يثبت الملك للموكل ابتداء وينعقد السبب موجبا حكمه للوكيل
لكان الموكل قائما مقام الوكيل في ثبوت الملك اعتبارا للتوكيل السابق والحاصل ان الوكيل خلف عن الموكل في حق
استفادة التصرف والموكل خلف عن الوكيل في حق ثبوت الملك كالعبد يتهب او يصطاد فانه اذا اتهب اي قبل
الهبة واصطاد يثبت الملك للمولى ابتداء خلافة عن العبد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كما ذكر في
المبسوط وتحقيق المسئلة ان لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته واعمالهما ولو بوجه اولى
من اهمال احدهما فلو اثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولهما بعبارته واهليته بطل توكيل
الموكل ولو اثبتناهما للموكل بطل عبارة الوكيل فاثبت الملك للموكل لانه الغرض من التوكيل واليه اشار المص
بقوله اعتبارا للتوكيل السابق فتعين الحقوق للوكيل ويجوز ان يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب كالعبد يقبل
الهبة والصدقة ويصطاد فان مولاه يقوم مقامه في الملك بذلك السبب كذا في العناية ثم اعلم ان هذا الملك
طريقة ابي طاهر الدباس واليه ذهب جماعة من اصحابنا قال شمس الائمة السرخسي قول ابي طاهر اصح وقال المصنف
هو الصحيح واحترز به عن طريقة ابي الحسن الكرخي وهي ان الملك يثبت للوكيل اولا ثم ينتقل الى الموكل واليه ذهب
بعض اصحابنا وهي اختيار الامام قاضي خان كما ذكر في التحرير وانما قال هو الصحيح لان الوكيل اذا اشترى منكوحته
او قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه ولو ثبت له الملك لما كان كذلك قال صاحب العناية وجوابه نفوذ العتق
يحتاج الى ملك مستقر دائم وملك الوكيل غير مستقر ولا دائم فيه بل يزول عنه في ثاني الحال وينتقل الى الموكل باعتبار
الوكالة السابقة قال في الزيادات فيمن تزوج امة ثم [illegible] على رقبتها فاجاز مولاها فانه تصير الامة حرة ولا يفسد
النكاح وان ثبت الملك للزوج فيها لانه ملك غير مستقر حيث ينتقل منه الى الحرة فكذا هنا انتهى وقال صاحب العناية
بعد ذكر هذا الجواب وفيه نظر لانه يخالف اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه الحديث
انتهى اقول الجواب عن هذا النظر ظاهر اذ قد تقرر عندهم ان المطلق ينصرف الى الكامل ولا شك ان الملك الكامل
هو الملك المستقر فلا مخالفة قال الصدر الشهيد ان القاضي ابا زيد خالفهما وقال الوكيل نائب في حق الحكم اصيل

في حق

في حق الحقوق فان الحقوق تثبت له ثم تنتقل الى الموكل من قبله فوافق ابا الحسن في حق الحقوق ووافق ابا طاهر في حق الحكم
وهذا حسن كذا ذكر في الايضاح والفتاوى الصغرى قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل نذكره
ان شاء الله تعالى اراد به ما ذكره في باب الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب
ما دام المبيع في يده وان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه كذا في عامة الشروح قال بعض الفضلاء القصر عليه قصور بل الظاهر عموم
الحوالة لما ذكره في فصل في البيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ
اقول الذي يتعلق بما نحن فيه من تعلق حقوق العقد بالوكيل دون الموكل من المسائل الآتية في الكتاب انما هو الذي ذكره الشارح
هنا فان الوكيل اذا اشترى شيئا ثم اطلع على عيب فله ان يرده على بائعه بمقتضى تعلق حقوق عقد الشراء بالوكيل ثم بعد هذا
ان بقي المبيع في يده يبقى حق الرد له وان لم يبق في يده بل كان قد سلمه الى الموكل يسقط ذلك الحق عنه لانتهاء حكم الوكالة بالتسليم
فيتوقف الرد على اذن الموكل ولما لم يعلم هذا التفصيل هنا وكان مما يحتاج الى بيانه احاله المص على ما سيذكره في فصل الوكالة
بالشراء من باب الوكالة بالبيع والشراء واما الذي يذكره في فصل الوكالة بالبيع بقوله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن
او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب الخ فتمام المسئلة بما نحن فيه فان حاصل ذلك انه اذا رد العبد على الوكيل بالبيع بعيب فانه
رد عليه بحجة كاملة يرده على الموكل وان رد عليه بحجة قاصرة لا يرده عليه وهذا الرد من آثار تعلق حقوق العقد بالوكيل
يجري بين الموكل والوكيل ولا شك ان المقصود بالحوالة ما يتعلق بما نحن فيه لا ما يتعلق بمجرد العيب فلذا لم يتمم بها
الشارح لما توهمه ذلك القائل قال اي القدوري في مختصره وكل عقد يضيفه اي يضيفه الوكيل الى موكله
هذا ضابطة الضرب الثاني اي كل عقد لا يستغني الوكيل فيه عن الاضافة الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فرع على ذلك بقوله فلا يطالب بصيغة المجهول وكيل
الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المراة تسليمها اي تسليم المراة الى زوجها لان الوكيل فيها اي في هذه العقود
سفير محض اي معبر محض حاك قول الموكل ومن حكى قول الغير لا يلزمه حكم قول ذلك الغير الا يرى انه اي الوكيل
لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل كيف ولو اضافه الى نفسه كان النكاح مثلا له اي للوكيل نفسه فيخرج عن
حكم الوكالة والكلام فيه فصار كالرسول يعني اذا كان الوكيل في هذا الضرب سفيرا محضا فقد صار كالرسول في باب
البيع ونحوه ولا شك ان الحكم في الرسالة يرجع الى المرسل دون الرسول وهذا اي كون الحقوق في هذه العقود
متعلقة بالموكل دون الوكيل وهذا على ما هو دأب المصنف في كتابه هذا من انه يقول بعد ذكر دليل على مدعى ههنا
لان الى ويريد به ذكر دليل آخر لمي بعد ان ذكر دليلا انيا فههنا لما بين انية كون الحقوق في هذه العقود
متعلقة بالموكل دون الوكيل بكون الوكيل فيها سفيرا محضا غير مستغن عن اضافة العقد الى الموكل اراد ان يبين
لميته ايضا بقوله لان الحكم فيها اي في هذه العقود لا يقبل الانفصال عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط الخ
يدل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تقبل ذلك لانه اي لان السبب في هذه العقود اسقاط
اي من قبيل الاسقاطات اما في غير النكاح فظاهر واما في النكاح فلان محل النكاح الانثى من بنات آدم وهو في الاصل

خلقوا من حرائر والحرية تستدعي انتفاء ورود الملك على من اتصف بها الا ان الشارع اثبت نوع ملك على الحرة بالنكاح
تحقيقا للمعنى المشار فكان نفوذ كما اسقاط المعنى المالكية الذي كان ثابتا للحرة بطريق الاصالة كذا نقل عن العلامة
شمس الدين الكردري ولان الاصل في الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاط للحرمة نظرا الى الاصل كذا ذكر في الكافي
واذا كان السبب في هذه العقود اسقاطا فيتلاشى اي فيضمحل فلا يتصور صدوره اي صدور السبب بطريق الاصالة
من شخص وثبوت حكمه لغيره كما في الضرب الاول فكان سفيرا اي فكان الوكيل فيما نحن فيه سفيرا محضا فان قلت ليس
الكلام في الحكم بل في الحقوق فما فائدة قوله لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب قلت انهم قالوا في الضرب الاول
ان الحكم يثبت للموكل خلافة عن الوكيل اعتبارا للتوكيل السابق ويتعلق الحقوق بالوكيل اعتبارا للعبارة وههنا
اذا لم ينفصل الحكم عن العبارة لكونها للاسقاط فاما ان يثبت الحكم للوكيل او تنتقل العبارة الى الموكل والاول
باطل لانه يبطل التوكيل وينافي الاضافة الى الموكل فتعين الثاني واليه اشار بقوله فكان سفيرا والضرب الثاني
وهو كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله من اخواته اي من افراده التي بينهن اخوة اي مشاركة في الحكم العتق على مال
قوله والضرب الثاني مبتداء موصوف وقوله من اخواته خبر مقدم لمبتداء ثان هو قوله العتق على مال والجملة اعني المبتداء
الثاني مع خبره خبر للمبتداء الاول فحاصل المعنى ومن اخوات الضرب الثاني العتق على مال الى اخره قال بعض الفضلاء في تفسير
كلام المصنف ههنا اي العقود التي ذكرت في الضرب الثاني من اخواتها العتق على مال الخ وقال انما فسرنا به لان العتق
على مال واخواته من شمولات الضرب الثاني لا من اخواته اقول لا يذهب على ذي مسكة ان التفسير الذي ذكره ذلك
القائل مما لا يساعده التركيب من حيث العربية اصلا فكيف يحمل المعنى عليه واما كون العتق على مال واخواته
من شمولات الضرب الثاني لا من اخواته فانما ينافي اعتبار الاخوة بين الضرب الثاني وبين شمولاته وليس ذلك من ضرورة
كلام المصنف ههنا لانه يجوز ان يكون اضافة الاخوات الى ضمير الضرب الثاني لكونها من افراده ويكون التعبير عنها بالاخوات
للتنبيه على مشاركتها في الحكم كما اشرنا اليه في تفسير قوله من اخواته نعم المتبادر من الاضافة اعتبار الاخوة بين المضاف
والمضاف اليه كما في نظائره لكن قرينة المقام صارفة عنه الى ما قلنا فتدبر والكتابة عطف على العتق على مال
داخل في حكم الكلام السابق وكذا قوله والصلح على الانكار وانما جعل هذه العقود من قبيل الضرب الثاني لانها من الاسقاطات
دون المعاوضات اما العتق على مال والكتابة فلان البدل فيهما بمقابلة ازالة الرق وذكر المحرر واما الصلح على الانكار
فلان البدل فيه بمقابلة دفع الخصومة وافتداء اليمين في حق المدعى عليه فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو
من الضرب الاول اراد بالصلح الذي جار مجرى البيع الصلح عن اقرار فيما اذا كان عن مال بمال فانه مبادلة مال بمال
فكان بمنزلة البيع واما اذا كان الصلح عن دم العمد او كان على بعض ما يدعيه من الدين فهو من الضرب الثاني وان
كان عن اقرار لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا محضا كما صرح به المصنف في باب التبرع بالصلح والتوكيل به من
كتاب الصلح اقول فبهذا ظهر ان ما وقع ههنا في الشروح من تفسير الصلح الذي هو جار مجرى البيع بالصلح عن
اقرار من غير تقييد بما ذكرناه تقصير في تعيين المرام وتحقيق المقام كيف ولو كان ذلك كما فيها ههنا لما بدل المصنف

اللفظ

اللفظ اليسير باللفظ الكثير والوكيل بالهبة والتصدق والاعارة والايداع والرهن والاقراض
سفير ايضا وتفسير هذا ما ذكره في الايضاح حيث قال ولو وكل وكيلا بان يهب عبده لفلان او يتصدق
به عليه او يعيره اياه او يودعه او يرهنه فقبض الوكيل وفعل ما امره فهو جائز على الموكل وليس للوكيل ان يطالب
بردشي من ذلك الى يده ولا ان يقبض الوديعة والعارية ولا الرهن ولا القرض ممن عليه لان احكام هذه
العقود انما تثبت بالقبض فلا يجوز ان يكون الوكيل فيها اصيلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض
فكان سفيرا ومعبرا عن المالك انتهى واشار المصنف الى التعليل المذكور فيه ايضا بقوله لان الحكم فيها اي
العقود المذكورة يثبت بالقبض اي بقبض الموهوب له والمتصدق عليه ونظائرهما وانه اي القبض
يلاقي محلا مملوكا للغير اي لغير الوكيل فالحكم ايضا يلاقي محلا مملوكا لغير الوكيل وهو الموكل فلا يجعل
اي الوكيل اصيلا لكونه اجنبيا عن ذلك المحل بخلاف التصرفات التي تقوم بالقول ولا تتوقف على
القبض كالبيع وغيره فان الوكيل يجب ان يكون اصيلا فيها لانه اصل في التكلم وكلامه مملوك له قال صاحب
العناية بقوله فلا يجعل اصيلا مقتضاه اصيلا في الحكم وليس الكلام فيه ويندفع ذلك بان الحكم اذا لاقى محلا
مملوكا لغير الوكيل كان ثابتا لمن له المحل والحقوق فيما يثبت الحكم بالعبارة وحدها فيما لا يقبل الحكم الانفصال
عنها انتقلت الى الموكل بجعل العبارة سفارة ففيما احتاج الى القبض ولى لضعفها في العلية انتهى اقول
ما استشكله بشي ولا دفعه اما الاول فلانه اذا ثبت ان الوكيل في هذه العقود لم يجعل اصيلا في الحكم
ثبت ايضا ما فيه الكلام وهو عدم تعلق الحقوق بالوكيل في العقود اذ قد كان مبنى تعلق الحقوق بالوكيل في الضرب
الاول ثبوت الحكم الذي هو الملك للموكل خلافة عن الوكيل وهذا انما يكون بان يجعل الوكيل اصيلا في الحكم
فاذا لم يجعل في العقود المذكورة اصيلا فيه تعين عدم تعلق الحقوق به ضرورة واما الثاني فلان ذلك مبناه
على انتقال الحقوق الى الموكل فيما لا يقبل الحكم الانفصال عن العبارة ليس الا كون السبب اسقاطا متلاشيا
والتسبب فيما نحن فيه ليس من قبيل الاسقاطات كما لا يخفى فلا مساواة فضلا عن الاولوية واما الضعف في
العلية فان كان له مدخل فانما هو في حق نفس ثبوت الحكم لا في حق الانتقال فتأمل وكذا اذا كان الوكيل
من جانب الملتمس يعني اذا كان الوكيل من جانب الملتمس التصرفات المذكورة بان وكل بالاستيهاب والاستعارة
او الارتهان او غير ذلك يكون الوكيل سفيرا ايضا فيتعلق الحكم والحقوق كلها بالموكل دون الوكيل لانه يضيف
العقد الى موكله وفي العناية اما اذا قبض الموكل فلا اشكال واما اذا قبض الوكيل فالواجب ان يثبت الحكم للموكل و
يتعلق الحقوق بالوكيل لاجتماع القول والقبض ويدفع بانه لا بد له من اضافة العقد الى موكله وهي تجعل
القبض له فصار كما اذا قبضه بنفسه انتهى وكذا الشركة والمضاربة يعني اذا وكل بعقد الشركة او المضاربة
يكون الوكيل سفيرا ايضا ويتعلق حقوق العقد بالموكل دون الوكيل اذ لا بد له من اضافة العقد الى موكله
لو اضافه الى نفسه يقع عنه لا عن موكله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل استثناء من قوله وكذا اذا كان

الوكيل من جانب الملتمس حتى لا يثبت الملك للموكل فللوكيل ان يمنع الذي استقرضه من الآمر ولو هلك هلك
من ماله قال صاحب العناية واعلم اني اعيد لك هٰهنا ما ذكرته في اول كتاب الوكالة وازيدك ما يسر الله تعالى ذكره
لكون المقام من معارك الآراء فان ظهر لك فاحمد الله تعالى وان سمح ذهنك بخلافه فلا ملومة فان جهد المقل
دموعه التوكيل بالاستقراض لا يصح لانه امر بالتصرف في مال الغير وانه لا يجوز ورد بالتوكيل بالشراء
فانه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير واجيب بان محله هو الثمن في ذمة الموكل وهو ملكه واورد بانه هلا
جعل محله في الاستقراض البدل في ذمة الموكل واجيب بان ذلك محل ايفاء القرض لا الاستقراض واورد
الوكيل بالاتهاب والاستعارة فانه صحيح ولا محل له سوى المستعار والموهوب له اذ ليس ثمه بدل على المستعير
والموهوب له فيجعل محلا للتوكيل والجواب ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا
الاستعارة والاتهاب وانما محله فيهما عبارة الموكل فانه يتصرف فيها بجعلها موجبة للملك عند القبض قائما
الموكل مقام نفسه فان قيل فليكن في الاستقراض كذلك فالجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة
ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة اذ لم يكن فيها بدل في الذمة فلو اعتبرناها محلا له في
الاستقراض وفيه بدل معتبر للايفاء في الذمة لزم اجتماع الاصل والخلف في شخص واحد من جهة عقد واحد
والله تعالى اعلم بالصواب الى هنا كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان الدليل الذي ذكره لبطلان التوكيل
بالاستقراض وهو الدليل المأخوذ من الذخيرة ومختار جمهور الشراح على ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة ليس بتام عندي
لان التصرف في ملك الغير والامر به انما يحرم لو كان بغير اذن المالك ورضاه كما لو غصب ملك الغير وامر بقبضه واما
اذا كان باذنه ورضاه فيجوز قطعا الا يرى ان المستقرض لنفسه يقبض المال المستقرض الذي هو ملك المقرض
ويتصرف فيه وكذا المستعير يقبض المستعار الذي هو ملك الغير ويستعمله ولا خلاف لاحد في ذلك والظاهر ان
التوكيل بالاستقراض انما هو الامر بالتصرف في ملك المقرض باذنه ورضاه لا بالجبر والغصب فينبغي ان يجوز ايضا واما ثانيا
فلان ما ذكره في الرد بالتوكيل بالشراء من انه امر بقبض المبيع وهو ملك الغير ليس بصحيح اذ لا نسلم ان التوكيل بالشراء امر بقبض المبيع
لحصوله بايجاد العقد وقبض المبيع من متفرعات العقد غير داخل فيه فلا يكون الامر بالشراء امرا بقبض المبيع سلمنا ان التوكيل
بالشراء امر بقبض المبيع لكنه امر به بعد ايجاب العقد لا قبله كما لا يخفى والمبيع بعد ايجاد العقد ملك
المشتري لا ملك الغير بخلاف الاستقراض فان المستقرض لا يكون ملك المستقرض بمجرد العقد بل بالقبض على ما صرحوا به
فالصواب في تمشية النقض بالتوكيل بالشراء ان يقال انه امر بتملك المبيع الذي هو ملك الغير كما ذكر في الذخيرة وغيرها واما
ثالثا فلانه اراد بقوله في الجواب عن النقض المذكور ان محله هو الثمن في ذمة الموكل ان محل التوكيل بايفاء الثمن
بعد تمام عقد الشراء لا محل التوكيل بالشراء نفسه وان اراد بذلك ان محله هو ايجاب الثمن في ذمة الموكل كما هو الظاهر من قوله
في ذمة الموكل والمصرح به في الذخيرة وغيرها فهو مسلم لكن لا يتم ح جوابه عن الايراد الآتي فان معناه ح هو انه هلا جعل
محله في الاستقراض ايضا ايجاب البدل في ذمة الموكل ولا يتيسر الجواب عنه بانه محل ايفاء القرض لا محل ايفائه

هو نفس البدل لا ايجابه في ذمة الموكل بل الجواب الصحيح عنه ما ذكر في الذخيرة وغيرها من ان البدل في باب القرض
انما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر بالقبض ولا يتصور تصحيح الامر بايجاب المثل في ذمته
والامر بالقبض لم يصح بعد لكون المقبوض ملك الغير واما رابعا فلان قوله في الجواب عن النقض بالاتهاب والاستعارة
ان المستعار والموهوب محل التوكيل بالاعارة والهبة لا الاستعارة والاتهاب وانما محلهما فيهما عبارة الموكل غير تام
فانه ان قال الوكيل بالاستعارة ان فلانا ارسلني اليك يستعير منك كذا وقال الوكيل بالاتهاب ان فلانا ارسلني
اليك يتهب منك كذا فانهما في هذه الصورة كانا متصرفين في عبارة الموكل ولكنهما لم يخرجا الكلام ح مخرج الوكالة
بل اخرجاه مخرج الرسالة والكلام هنا في حكم الوكالة دون الرسالة فان الرسالة صحيحة في الاستقراض ايضا حتى ان
الوكيل بالاستقراض لو اخرج كلامه مخرج الرسالة فقال ان فلانا ارسلني اليك يستقرض منك كذا كان ما استقرضه للموكل
ولا يكون للوكيل ان يمنع ذلك منه كما صرح به في الذخيرة وغيرها وان قال الوكيل بالاستعارة استعير منك كذا لفلان
الموكل وقال الوكيل بالاتهاب اتهب منك كذا لفلان الموكل فانهما في هاتين الصورتين جريا على حكم وكالتهما ولكنهما لم يكونا
متصرفين في عبارة الموكل اصلا حيث لم يحكيا عنه كلاما بل انما تكلما بكلام انفسهما الا انهما اضافا العقد الى موكلهما
كما في سائر صور الضرب الثاني فاين يتمشى القول بان محل التوكيل فيهما عبارة الموكل على ان ذلك القول منه مخالف لصريح ما ذكر في
الذخيرة وارتضاه كبار الشراح في صدر كتاب الوكالة من ان الموضوع لنقل العبارة انما هو الرسالة فان الرسول
معتبر في العبارة ملك للمرسل فقد امره بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة واما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة
الموكل فان العبارة فيها للوكيل واما خامسا فلان قوله في الجواب انا اعتبرنا العبارة محلا للتوكيل في الاستعارة
ونحوها ضرورة صحة العقد خلفا عن بدل يلزم في الذمة الخ ليس بشيء لان اعتبار الخلف عن البدل على تقدير
لزومه انما يتصور في التصرفات التي هي من قبيل المعاوضات واما في التصرفات التي هي من قبيل التبرعات فلا
وما نحن فيه من الاستعارة ونحوها من قبيل الثانية فلا معنى لحديث الخلفية هٰهنا وايضا استحالة اجتماع
الاصل والخلف انما تقتضي عدم جواز اعتبار العبارة في الاستقراض خلفا عن بدل لا عدم جواز اعتبارها
مطلقا فلم لا يجوز ان تعتبر محلا للتوكيل في الاستقراض ايضا لضرورة صحة العقد وان لم يجعل خلفا عن بدل
الا يرى انها اعتبرت محلا للرسالة في الاستقراض ولهذا صحت الرسالة فيه فتأمل وقال صاحب غاية البيان
قال بعضهم في بيان بطلان استقراض الوكيل ان العبارة للوكيل والمحل الذي امره بالتصرف فيه ملك الغير فان الدراهم التي
يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل قلت هذا الذي قال يبطل بالتوكيل بالاستعارة
فانه صحيح مع ان الموكل امره بالتصرف في ملك الغير وليس معنى كلام المصنف ما فهمه هذا القائل بل معناه ان الوكيل
بالاستقراض اذا اضاف العقد الى نفسه فقال اقرضني كان التوكيل باطلا حتى لا يكون القرض للموكل بل يكون
للوكيل الا اذا اضاف العقد الى الموكل وبلغ على وجه الرسالة فقال ارسلني فلان اليك يستقرض كذا فحينئذ
يصح الاستقراض ويقع القرض للموكل وليس للوكيل ان يمنع الموكل عنه فافهم ففيه غنى عن تطويل لا طائل تحته

انتهى كلامه اقول وفيه بحث اذ لاشك ان معنى قول المص كذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس ان الوكيل ايضا سفير ايضا
لايتعلق حقوق العقد به بل بموكله لاضافته العقد الى موكله دون نفسه وان قوله الا ان التوكيل بالاستقراض باطل
استثناء من قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس كما صرح به الشراح قاطبة ومنهم هذا الشارح فلو كان معنى كلام المص
ههنا ما فهمه الشارح لما كان لتخصيص الاستثناء ببطلان صورة التوكيل بالاستقراض معنى اذ على ذلك التقدير يصير الحكم
كذلك في جميع صور ما اذا كان الوكيل من جانب الملتمس فان كل واحد من المستعير والمستوهب والمرتهن ونحو ذلك اذا اضاف العقد
الى نفسه لا الى الموكل بطل الوكالة ويكون ما اخذه لنفسه لا لموكله لان هذه العقود كلها من الضرب الثاني ومن شرط
هذا الضرب ان يضيف الوكيل العقد الى موكله فاذا انتفى بطلت الوكالة قطعا ولعمري ان هذا الشارح قد وجهنا عن ورطة
ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى حتى افسد معنى كلام المص بالكلية قال المص بخلاف الرسالة فيه اي في الاستقراض
فانها تصح قال في الايضاح التوكيل بالاستقراض لا يصح ولا يثبت الملك فيما استقرض للآمر الا اذا بلغ على سبيل الرسالة
فيقول ارسلني اليك فلان يستقرض منك فح يثبت الملك للمستقرض اي المرسل وقال الامام الزيلعي في التبيين وعن ابي يوسف
ان التوكيل بالاستقراض جائز اي القدوري في مختصره واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه اي
فللمشتري ان يمنع الثمن من الموكل لانه اي الموكل اجنبي عن العقد وحقوقه لما تقدم ان الحقوق تعود الى العاقد في البيع
وامثاله ولهذا اذا نهاه الموكل عن قبض الثمن ونحوه صح وان نهاه الموكل عن ذلك لا يصح فاذا كان كذلك لم يجز مطالبة
الموكل الا باذن الوكيل فان دفعه اليه اي ان دفع المشتري الثمن الى الموكل جاز يعني ومع ذلك لو دفع
المشتري الثمن الى الموكل جاز دفعه اليه استحسانا فالفاء في قوله فان دفعه للعطف لا للسببية ولكن لو بدلت
بالواو لكان احسن كما لا يخفى ولم يكن للوكيل ان يطالبه به اي بالثمن ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه اي حق
الموكل وان كان تسليطا له الوكيل وقد وصل اليه اي وقد وصل حق الموكل الى نفسه فلا فائدة في الاخذ منه
اي من الموكل ثم في الدفع اليه اي الى الوكيل واعلم ان هذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح
لان جواز البيع في الصرف بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل
لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل اشير اليه هذا في الذخيرة وذكر في الشروح ولهذا اي ولكون نفس
الثمن المقبوض حق الموكل لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة
بدين الموكل ايضا دون دين الوكيل حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء من الثمن وهذا لان المقاصة ابراء بعوض
فتعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابراه جميعا بغير عوض وخرج الكلامان معا برئ المشتري بابراء الموكل دون الوكيل
حتى لا يرجع الموكل على الوكيل بشيء فكذلك ههنا ولانا لو جعلناه قصاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء اخر فان
الوكيل يقضي للموكل ولو جعلناه قصاصا بدين الموكل لم يحتج الى قضاء اخر فجعلناه قصاصا بدين الموكل قصرا للمسافة
ولانا اذا جعلناه قصاصا بدين الموكل فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري
بالاجماع ولو جعلناه قصاصا بدين الوكيل لا ثبتنا حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه اولى كذا ذكره شيخ الاسلام

المعروف

المعروف بخواهر زاده ولما استشعر ان يقال المقاصة لا تدل على كون نفس الثمن حقا للموكل دون الوكيل
فانها تقع بدين الوكيل اذا كان للمشتري دين على الوكيل وحده اجاب بقوله وبدين الوكيل اذا كان وحده
ان كان تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اي الوكيل يملك الابراء عنه اي عن المشتري
عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يعني انه ان كان تقع المقاصة عنهما بدين الوكيل وحده لعلة ان الوكيل
يملك الابراء بغير عوض عن المشتري عندهما فيملك المقاصة ايضا لانها ابراء بعوض فتعتبر بالابراء بغير عوض
ولكنه يضمنه اي ولكن الوكيل يضمن الثمن للموكل في الفصلين اي في فصل الابراء والمقاصة بخلاف الوكيل فانه
لا يضمن لاحد في شيء من الفصلين فافترقا وقال ابو يوسف رح لا يجوز ابراء الوكيل استحسانا لان الثمن
في ذمة المشتري ملك الموكل فابراء الوكيل تصرف في ملك الغير على خلاف ما امر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن
ثم وهبه للمشتري وحجة ابي حنيفة ومحمد رح ان الابراء اسقاط لحق القبض والحق للوكيل الا يرى ان الموكل
لا يمنعه عن ذلك ولو اراد ان يقبض بنفسه لم يكن له ذلك فكان هو في الابراء عن القبض مسقطا حق نفسه
فيصح منه ثم انه لما اسقط حق القبض انسد على الموكل باب الاستيفاء اذ ليس له حق القبض فصار ضامنا
له بمنزلة الراهن يعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ولكن يضمن للمرتهن لانه سد عليه باب الاستيفاء
من مالية العبد عليه كذا في المبسوط فان قيل ينبغي ان لا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب
مقاصة ثمن المبيع بدين الموكل لانه خالف الموكل لانه انما وكله ببيع يصل اليه ثمنه وههنا لا يصل
قلنا ان لم يصل اليه الثمن بعد البيع فقد وصل اليه قبل البيع فيصير الثمن قصاصا بدين الآمر عندهم جميعا
لان الآمر يملك ابراء المشتري عن الثمن بغير عوض عندهم فيملك الابراء بعوض بالطريق الاولى كذا في الذخيرة

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

قدم من ابواب الوكالة ما هو اكثر وقوعا وامس حاجة وهو الوكالة بالبيع والشراء وقدم فصل الشراء لانه
ينبئ عن اثبات الملك والبيع ينبئ عن ازالته والازالة بعد الاثبات كذا في الشروح اقول هذا الذي ذكروه
لتقديم فصل الشراء ضعيف جدا بل هو امر وهمي لا تحقيقي لان الشراء كما ينبئ عن اثبات الملك في المبيع ينبئ ايضا
عن ازالة الملك عن الثمن وان البيع كما ينبئ عن ازالة الملك عن المبيع ينبئ ايضا عن اثبات الملك في الثمن
وعن هذا قالوا ان الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه فهما شيئان في الانباء عن الاثبات والازالة
وان وجه بان الاصل والعمدة في عقد المبايعة هو المبيع فيكفي انباء الشراء عن الاثبات والبيع عن الازالة بالنظر اليه
قلنا لا شك ان ثبوت ملك المشتري في المبيع ليس بمقدم على زوال ملك البائع عنه ولا يلزم ان يجتمع في كل مبيع
في آن واحد هو قبيل زوال ملك البائع عنه ملكان مستقلان للبائع والمشتري ولا يخفى بطلانه فتعين ان
ثبوت الملك وزواله في البيع والشراء انما يتحققان معا بالنسبة الى الشخصين واما قضية كون الازالة بعد الاثبات
فانما يجري في محل واحد بالنسبة الى شخص واحد فهي بمعزل عما نحن فيه فالاظهر ان الوجه في تقديم فصل الشراء على فصل

البيع ما هو الوجه في تقديم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر ابواب الوكالة من كونه اكثر وقوعا وامس حاجة فان كثير
الناس يوكل الآخر بالشراء في ماكله ومشاربه وملابسه وغير ذلك من الامور المهمة التي فيها الانسان في اوقاته عن الاحتياج
اليها فيما يقدر على ان يتولى اشتراءها بنفسه بخلاف التوكيل في باب البيع كما لا يخفى اي القدوري في مختصره
ومن وكل رجلا بشراء شيء اي غير معين لان في المعين لا يحتاج في تسمية الجنس والصفة كذا في الشروح فلا بد
من تسمية جنسه كالعبد والجارية فان العبد جنس عند اهل الشرع وكذا الجارية باعتبار اختلاف الاحكام
وصفته اي نوعه على ما سيأتي في كلام المص كالتركي والهندي قال صاحب النهاية فيحتاج الى تعريف الجنس والنوع فقيل
الجنس هو ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وكذا في الفوائد الظهيرية محالا الى اهل المنطق
الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص انتهى اقول لا يذهب على ذي
نظرة سليمة انه لم يات بشيء يعرف به ما هو المراد بالجنس والنوع هنا لان الذي ذكره اولا لا حاصل له بل هو امر مبهم يتناول
لامور كثيرة غير مرادة بالجنس والنوع هنا قطعا والذي ذكره ثانيا لا يطابق مراد الفقهاء ويشهد بذلك قطعا ما ذكروه
من امثلة الجنس والنوع وقال صاحب الغاية واراد بالجنس والنوع لا مصطلح اهل المنطق وهو الكلي المقول على كثيرين
مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين مختلفين بالعدد وفي جواب ما هو واراد مصطلح اهل النحو وهو ما علق
على شيء وعلى كل ما اشبهه ويجوز ان يريد بالجنس ما يندرج تحته اشخاص وقد تقدم بيان ذلك في كتاب النكاح في باب المهر اقول
كل واحد من المعاني الثلثة التي جوز كونها مرادة بالجنس هنا منظور فيه اما الاول فلانه اذا اراد بالنوع في قوله واراد بالجنس
النوع النوع المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه يرد عليه ان من الاجناس الشرعية ما ليس بنوع عند اهل المنطق كالعبد
والجارية فانهما ليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم من اصناف نوع الانسان وان اراد بذلك النوع اللغوي بمعنى القسم لزم
ان يدخل فيه جميع الانواع الشرعية بل اصنافها ايضا فان كل واحد منها قسم مما هو الاعم فلا يتميز الجنس الشرعي عن النوع
الشرعي وما دونه فيختل معنى المقام واما الثاني فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح اهل النحو في اسم الجنس وحاصله ما علق
على شيء لا بعينه كما ذكروه في باب المهر من كتاب النكاح يصدق على ما فوق الاجناس الشرعية كالدابة والثوب والرقيق فان كل
واحد منها مما يجمع الاجناس الشرعية كما صرحوا به ويصدق ايضا على ما تحت الاجناس الشرعية من الانواع الشرعية وما
دونها فلا يتميز الجنس الشرعي عن غيره فيختل معنى المقام واما الثالث فلان ذلك المعنى الذي هو مصطلح حكماء
يونان في الجنس على ما نقل عن ابي علي سينا يصدق على كل مفهوم كلي يندرج تحته اشخاص فيعم ما فوق الاجناس الشرعية وما
تحتها من الانواع الشرعية واصنافها فلا يتميز الجنس الشرعي عن غيره ايضا فيختل معنى المقام وقال صاحب العناية والمراد
بالجنس والنوع هنا غيرها اصطلح عليه اهل المنطق فان الجنس عندهم هو المقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب
ما هو كالحيوان والنوع هو المقول على كثيرين متفقين بالحقيقة في جواب ما هو كالانسان مثلا والصنف هو النوع
المقيد بقيد عرضي كالتركي والهندي والمراد هنا بالجنس ما يشمل اصنافا على اصطلاح اولئك وبالنوع الصنف انتهى
اقول لا يخفى على العارف بالفقه ان ما قاله صاحب العناية اقرب الى ضبط ما هو المراد من الجنس والنوع عند اهل الشرع

لكن فيه ايضا اشكال لانه اراد بالصنف في قوله وبالنوع الصنف الصنف المنطقي كما هو المتبادر من سياق كلامه
يرد عليه ان الحمار نوع عند اهل الشرع على ما سيجيء في الكتاب مع انه ليس بصنف منطقي بل هو نوع عند اهل المنطق ايضا
وان اراد بذلك الصنف اللغوي بمعنى الضرب والقسم يرد عليه ان الرقيق مثلا صنف بهذا المعنى لانه ضرب من الانسان وليس
بنوع عند اهل الشرع بل هو عندهم مما يجمع الاجناس الشرعية كالعبد والجارية على ما صرحوا به وان العبد
والجارية مثلا صنفان بالمعنى المذكور وليسا بنوعين عندهم بل هما عندهم جنسان كما نصوا عليه او جنسه
ومبلغ ثمنه او تسمية جنسه ومقدار ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار اي فيمكن
الوكيل الامتثال لامر الموكل فان ذكر الجنس مجردا عن الصفة او الثمن لا يفيد المعرفة فلا يتمكن الوكيل
من الاتيان بما امره الموكل به واعترض على قوله ليصير الفعل الموكل به معلوما بان الفعل الموكل به معلوم
وهو الشراء والجواب ان الفعل الموكل به في هذا القسم ليس هو الشراء بل شراء نوع من جنس واذا لم يعلم النوع
لم يعلم الفعل المضاف اليه كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم
شراء نوع معين من جنس فهو ممنوع كيف ومعنى الدليل المذكور انه لو لم يسم الموكل بشراء شيء نوعه مع جنسه
او مبلغ ثمنه مع جنسه لم يصر الفعل الموكل به معلوما فلم يمكن للوكيل الائتمار بما امر به وعلى هذا لا يحتمل
ان يكون الفعل الموكل به شراء نوع معين لكونه خلاف المفروض وان اراد ان الفعل الموكل به في هذا القسم شراء
نوع ما من انواع جنس فهو مسلم لكن يرد عليه الاعتراض بان الفعل الموكل به ح معلوم وهو شراء نوع ما
من جنس فاذا اشترى الوكيل اي نوع كان من ذلك الجنس يصير مؤتمرا بما امر به ويمكن الجواب بان الفعل الموكل
وان كان شراء نوع مطلق من جنس نظرا الى ظاهر لفظ الموكل لكن يجوز ان يكون مراد الموكل شراء نوع مخصوص
من ذلك الجنس فاذا لم يعلم ذلك النوع المراد لم يمكن الوكيل الائتمار بامره على وفق مراد الموكل فيمكن للوكيل
الائتمار بامره على وفق ذلك ويرشد اليه قوله فيما سيأتي فلا يحصل مراد الامر لتفاحش الجهالة الا ان يوكله
وكالة عامة استثناء من قوله فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه يعني اذا وكله
وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت فلا يحتاج الى ذكر شيء منها لانه اي الموكل في هذه الصورة فوض
الامر الى رأيه اي الى رأي الوكيل فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا لامر الموكل فيقع عنه اعلم ان الجهالة
ثلثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق وهي تمنع صحة
الوكالة وان بين الثمن لان الوكيل لا يقدر على الامتثال ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء
الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن
وقال بشر بن غياث لا تصح الوكالة لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح
الا ببيان وصف المعقود عليه ولنا انه عليه السلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولم
يبين صفتها ومبنى الوكالة على التوسع لكونها استعانة فتحمل فيها الجهالة اليسيرة استحسانا

وفي اشتراط بيان الوصف بعض الحرج فسقط اعتباره وجهالة متوسطة وهي بين النوع والجنس كالتوكيل بشراء عبد
او بشراء امة او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين النوع او النوع لا يصح وملحق
بجهالة الجنس لانه يمنع الامتثال كذا ذكره في الكافي اخذا من المباسيط والجوامع فاراد المص ان يشير الى هذه الانواع الثلثه
من الجهالة وان يبين حكم كل واحد منها في باب الوكالة فقال والاصل ان الجهالة اليسيرة يتحمل في الوكالة كجهالة الوصف
استحسانا وهذا بيان لحكم الجهالة اليسيرة وانما قيد بالاستحسان لان القياس ان لا تتحمل الجهالة في الوكالة وان قلت
بناء على ان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء الا يرى انا نجعل الوكيل كالمشتري لنفسه ثم كالبايع من الموكل
فلا يجوز الا ببيان وصف المعقود عليه وجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان مبنى التوكيل على التوسعة
لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط يعني اشتراط عدم الجهالة اليسيرة بعض الحرج وهو مدفوع
شرعا بالنص ثم ان كان اللفظ اي لفظ الموكل يجمع اجناسا كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس
كالدار والرقيق لا يصح التوكيل وان بين الثمن هذا بيان لحكم الجهالة الفاحشة وانما كان الحكم فيها
كذلك لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس اي يوجد فرد من كل جنس فلا يدري مراد الامر لتفاحش الجهالة
فالوكيل لا يقدر على الامتثال وان كان اي اللفظ جنسا يجمع انواعا كالعبد والامة لا يصح اي التوكيل الا
ببيان الثمن او النوع هذا بيان لحكم الجهالة المتوسطة وانما كان الحكم فيها كذلك لان تقدير الثمن يصير النوع معلوما
وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال اي امتثال امر الامر مثاله اي مثال هذا النوع من انواع الجهالة وانما
ذكر المثال لهذا النوع دون النوعين السابقين لان مثال ذينك النوعين سياتي في اثناء مسئلة الجامع الصغير وعلى
هذا النوع وهذا الشرح تفردت ببيانه اذا وكله اي اذا وكل رجل رجلا بشراء عبد او جارية لا يصح اي لا يصح
التوكيل بمجرد هذا اللفظ لانه اي لان هذا اللفظ يعني لفظ عبد او جارية يشمل انواعا فلا يدرك المراد فان بين النوع
كالتركي والحبشي والمولد وفي المغرب المولدة التي ولدت ببلاد الاسلام جاز اي التوكيل وكذا اذا بين الثمن لما
ذكرناه اراد به قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشايخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من كل
نوع لا يصح ببيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة وهي الجودة
والرداءة والسطة اي الوسط السطة مع الوسط كالعدة مع الوعد والعظة مع الوعظ في ان التاء في اخرها
عوضت عن الواو الساقطة من اولها في المصدر والفعل من حد ضرب جاز اي التوكيل لانه اي هذا القدر من
الجهالة جهالة مستدركة اي يسيرة فلا يبالي بها ومراده اي مراد القدوري من الصفة المذكورة في الكتاب
اي في مختصره النوع ليوافق كلامه لقاعدة الشرعية وما صرح به في كتب ساير الشراح وفي الجامع الصغير
ومن قال لاخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة اي وان بين الثمن كما ذكر فيما مر ولا بطلت الوكالة
كان الشراء واقعا على الوكيل كما صرح به في نسخ الجامع الصغير فقال رجل امر رجلا ان يشتري له ثوبا او دابة
فاشترى فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب

على وجه الارض وفي العرف يتطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا يعني ان لفظ الدابة سواء حمل على
اللغة او حمل على العرف قد جمع اجناسا فكانت الجهالة فيه فاحشة وكذا الثوب او هو ايضا يجمع اجناسا
لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء اعني من الاعلى الى الادنى فكانت الجهالة فيه ايضا فاحشة ولهذا
لا يصح تسميته اي تسمية الثوب مهرا فان الجهالة الفاحشة تبطل التسمية في باب المهر ايضا وكذا الدار تشمل
ما هو في معنى الاجناس يعني ان الدار وان لم تجمع اجناسا حقيقة الا انها تجمع ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف
اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال اي تعذر الامتثال
لامر الامر بشراء الاشياء المذكورة لتفاحش الجهالة وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز اي التوكيل هذا
لفظ الجامع الصغير قال المص معناه يعني معنى جنس الدار في قوله ووصف جنس الدار نوعه فخرج يلحق بجهالة
النوع وهي جهالة يسيرة لا تمنع صحة الوكالة كما مر قال صاحب النهاية وتقييده بذكر نوع الدار مخالف
لرواية المبسوط فقال فيه وان وكله بان يشتري له دارا ولم يسم ثمنا لم يجز ذلك ثم قال وان سمى الثمن جاز لان
بتسمية الثمن يصير معلوما عادة وان بقيت جهالة فهي يسيرة مستدركة والمتاخرون من مشايخنا يقولون
ديارنا لا يجوز الا ببيان المحلة واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع وانا اقول
في تحقيق المقام انما حمل المص الجنس الواقع في عبارة الجامع الصغير هنا على النوع لئلا يختل معنى المقام فانه
لو اجرى الجنس ههنا على معناه الظاهر كان ذكر وصف الجنس مستدركا بالنظر الى مسئلة الدار ومخلا
بالنظر الى مسئلة الثوب اما الاول فلان الموكل اذا سمى ثمن الدار يلغو هنالك وصفه جنسها اذ لا مدخل
لوصف الجنس في رفع الجهالة وانما ترتفع الجهالة بتسمية الثمن ببيان النوع كما تقرر فيما قبل واما الثاني
فلان الثوب معطوف على الدار فيصير المعنى اذا وصف الموكل جنس الثوب جاز التوكيل ولا صحة له على
تقدير ان كان الجنس يجري على معناه الظاهري لان الثوب من قبيل ما تجمع اجناسا فالجهالة فيه
فاحشة وهي لا ترتفع وان بين الثمن فكيف يتصور ارتفاعها بمجرد وصف الجنس واما اذا حمل على معنى
النوع فيصح المعنى في مسئلة الثوب بلا غبار اذ ببيان النوع ترتفع الجهالة التي تمنع صحة الوكالة
قطعا وانما يبقى الكلام في مسئلة الدار فانها تصريح مفيد بتسمية الثمن ووصف النوع مع ان تسمية
الثمن كافية فيها على ما وقع في رواية المبسوط بل في رواية عامة الكتب فتصير رواية الجامع الصغير
مخالفة لرواية تلك الكتب لكن وقوع الروايتين ليس بعزيز في المسائل الشرعية فيجوز ان يكون
الامر ههنا ايضا كذلك فيكون مدار رواية الجامع الصغير على ان الجهالة في الدار فاحشة كما بينه
المص ومدار رواية تلك الكتب على ان الجهالة فيها متوسطة كما صرحوا به ثم انا جعلنا وصف
النوع في حق الدار بيان المحلة صار ما ذكر في الجامع الصغير عين ما قاله المتاخرون من مشايخنا
وكان موافقا لما ذكر في اكثر الكتب فتامل قال المص وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا ونحوه

اي يصح التوكيل بشراء الحمار ونحوه وان لم يبين الثمن وبه صرح في المبسوط لان الجنس صار معلوما بتسمية النوع وانما
بقيت الجهالة في الوصف فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن فان قيل الحمير انواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا
يصلح الا للحمل عليه قلنا هذا اختلاف الوصف مع ان ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي او الوالي اذا امر
انسانا بشراء حمار ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشترى مقطوع الذنب او الاذنين لا يجوز عليه بخلاف ما لو امر الفاليزي
بذلك كذا في المبسوط وذكر في كثير من الشروح اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكر المص ههنا مخالف لما ذكره في باب المهر في مسئلة
التزوج على حيوان غير موصوف حيث قال هناك معنى هذه المسئلة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف بان يتزوجها على
فرس او حمار انتهى فقد جعل الحمار هناك جنسا وههنا نوعا والتوجيه الذي ذكره صاحب العناية هناك من ان المراد
بالجنس ما هو مصطلح الفقهاء دون مصطلح اهل المنطق ليس بجيد اذ قد صرح المص ههنا بان الحمار نوع ولا شك
ان المراد بالنوع ههنا ما هو مصطلح الفقهاء والا لزم بيان ثمن الحمار ايضا وقد صرحوا بعدم لزومه فلم يكن الحمار
جنسا على مصطلح الفقهاء ايضا قال اي محمد في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما
فهو على الحنطة ودقيقها فانما قيد بدفع الدراهم الى آخر لانه اذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشتر لي طعاما
لم يجز على الامر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان
التوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الامر بما سمي له كذا في الكافي وغيره وما ذكر في الكتاب استحسان والقياس
ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة اي لحقيقة الطعام كما في اليمين على الاكل يعني اذا حلف لا ياكل طعاما يحنث
باكل اي مطعوم كان اذ الطعام اسم لما يطعم بحسب الحقيقة وجه الاستحسان ان العرف املك اي اقوى وارجح الاعتبار
من الحقيقة وهو اي العرف على ما ذكرناه اي على لفظ الحنطة ودقيقها اذا ذكر اي الطعام مقرونا بالبيع في الشراء
يعني ان العرف في شراء الطعام انما يقع على الحنطة ودقيقها وبائع الطعام في الناس من يبيع الحنطة و
دقيقها دون من يبيع الفواكه فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص كذا في المبسوط وقال في الكافي
ولهذا لو حلف لا يشتري طعاما لا يحنث الا بشراء البر ودقيقه ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع اي فبقي
الطعام في حق الاكل على الوضع والحقيقة ولهذا يحنث في اليمين على الاكل باي مطعوم كان قالوا هذا الذي ذكر
في شراء الطعام من انصرافه الى الحنطة ودقيقها انما هو عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها عندهم
يسمى سوق الطعام واما في عرف غيرهم فينصرف الى شراء كل مطعوم وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام في عرف
ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي وغير ذلك فينصرف التوكيل اليه قال الصدر الشهيد
وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وغيرها وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان
فيما بين ذلك فعلى الدقيق هذا بظاهره يدل على ان ما ذكر اولا مطلق اي سواء كان الدراهم قليلة او كثيرة
اذا وكل بشراء الطعام ينصرف الى شراء الحنطة ودقيقها وهذا الذي ذكره ثانيا وعبر عنه بلفظ قيل مخالف
للاول وهو قول الفقيه ابي جعفر الهندواني كما ذكره الصدر الشهيد في اول باب الوكالة بالبيع والشراء من

من بيوع الجامع الصغير وعزاه الامام قاضي خان في فتاواه الى شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده
ولكن قال صاحب النهاية انه ليس بقول مخالف للاول بل هو داخل في الاول اليه اشار في المبسوط
والذخيرة فقال في المبسوط بعد ذكرها قلنا ثم ان قل الدراهم فله ان يشتري بها خبزا وان كثرت فليس له
ان يشتري بها الخبز لان ادخاره غير ممكن وانما يمكن الادخار في الحنطة وذكر في الذخيرة واذا وكل رجلا
بان يشتري له طعاما ودفع اليه الدراهم صح التوكيل استحسانا وينصرف التوكيل الى الحنطة ودقيقها
وخبزها ويحكم الدراهم في تعيين واحد منها ان كانت الدراهم قليلة بحيث لا يشتري بمثلها في العرف
الا الخبز فالتوكيل ينصرف الى الخبز الخ ثم قال قال القدوري فان كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم ان مراده
من التوكيل وان كثرت الدراهم فاذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الامر الى ههنا كلام صاحب النهاية
وقال صاحب العناية نقلا لراي صاحب النهاية ههنا من ان المعتبر عنده بقيل مخالف للاول بل هو داخل فيه واقول
في تحقيق ذلك العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها والدراهم بقلتها وكثرتها
وسطتها تعين افراد ما عينه العرف وقد يعرض ما يترجح على ذلك ويصرفه الى خلاف ما حمله عليه مثل الرجل اتخذ
الوليمة ودفع دراهم كثيرة ليشتري بها طعاما فاشترى بها خبزا وقع على الوكالة للعلم بان المراد ذلك انتهى
وطعن فيه بعض الفضلاء حيث قال نسبة هذا الكلام الى نفسه عجيب فان صاحب النهاية ذكر ما يدل
على ما في المبسوط والذخيرة ولا يذهب عليك ان ما ذكره بقوله اقول الخ هو ما في الذخيرة بعينه انتهى
واقول لا يذهب على المتامل في كلام صاحب العناية ان نسبته الى نفسه ليست بمحل التعجب لانه اراد
بيان وجه ما ذكر اولا من اصل المسئلة وبيان طريق دخول ما ذكر ثانيا بقيل في الاول وبيان التوفيق بين
ما ذكره القدوري وبين ما ذكره ههنا بقيل وفي الذخيرة بحكم الدراهم وقصد افادة هذه المعاني الثلثة بكلام
موجز جامع فقال العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها افادة للمعنى الاول
وقال فالدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد ما عينه العرف افادة للمعنى الثاني وقال وقد يعرض ما
يترجح على ذلك فيصرفه الى خلاف ما حمله عليه الخ افادة للمعنى الثالث ولا يخفى ان هذا المجموع سيما
بهذا التركيب والترتيب ليس عين ما ذكر في الذخيرة ولا في غيرها وان كان مما يفهم من كلماتهم المتفرقة فلا
غرو في ان يعد تحقيقا وينسبه الى نفسه ثم اقول بقي ههنا اشكال وهو ان المذكور في مسئلة الكتاب
ان التوكيل بشراء الطعام يقع على الحنطة ودقيقها ولم يذكر فيها الخبز وكذا في مسئلة المبسوط وان المذكور
في التحقيق المزبور ان العرف يصرف اطلاق اللفظ المتناول لكل مطعوم الى الحنطة ودقيقها بدون ذكر الخبز
ايضا فينافي الاول وكيف يصح ما ذكر في التحقيق المزبور من ان الدراهم بقلتها وكثرتها وسطتها تعين افراد
ما عينه العرف والخبز لم يدخل فيما عينه العرف على ما ذكر فيه لا يقال يجوز ان يندرج الخبز في الحنطة ودقيقها
المذكورين او ان يجعل في حكمها فيكتفي بذكرهما عن ذكره لانا نقول لا مجال للشيء منه ذلك لانهم جعلوا الخبز

قسيما للحنطة ودقيقها في الذكر والحكم حيث قال وان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز
وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق فاني تيسر ذلك نعم قد ذكر الخبز مع الحنطة ودقيقها في الذخيرة
في اصل المسئلة وبيان حكم الدراهم كما تم تفصيله عند نقل كلام صاحب النهاية فح لا اشكال ولكن الكلام
في تصحيح مسئلة الكتاب ومسئلة المبسوط على القول بكون الكلام الثاني داخلا في الاول فتامل
اي القدوري في مختصره واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب اي فللوكيل ان يرد ما اشتراه
على البايع بسبب العيب فيه ما دام المبيع في يده لانه اي الرد بالعيب من حقوق العقد اي من حقوق عقد الشراء
وهي كلها اليه اي الحقوق كلها ترجع الى الوكيل في مثل هذا العقد فان سلمه الى الموكل اي فان سلم الوكيل المبيع
الى الموكل لم يرده الا باذنه اي لم يرده على البايع الا باذن الموكل لانه انتهى حكم الوكالة اي انتهى حكم الوكالة
بتسليمه الى الموكل فخرج من الوكالة وانقطع حقه ولان فيه اي في الرد بالعيب بعد التسليم الى الموكل
ابطال يده اي يد الموكل الحقيقية فلا يتمكن الا باذنه اي باذن الموكل الذي هو صاحب اليد الحقيقية ولهذا
اي ولاجل كون الحقوق كلها الى الوكيل كذا قيل في كثير من الشروح اقول فيه نظر الى قول المص فيما سياتي قبل
التسليم الى الموكل لا بالنظر الى قوله لا بعده كما لا يخفى مع ان كلا منهما في حيز هذا التفريع كما ترى فالحق
في التفسير ان يقال اي لما ذكرنا من الادلة على جواز الرد في صورة وعدم جوازه كان اي الوكيل خصما لمن يدعي
في المشتري دعوى كالشفيع اذا ادعى حق الشفعة في المشتري وغيره اي وغير الشفيع كمن يدعي الاستحقاق
في المشتري من حيث انه قبل التسليم الى الموكل متعلق بقوله كان خصما اي كان الوكيل خصما لذلك المدعي قبل التسليم
الى الموكل لا بعده اي لم يكن خصما له بعد التسليم اليه قال اي القدوري في مختصره ويجوز التوكيل بعقد
الصرف والسلم يعني اذا وكل شخصا بان يعقد عقد الصرف او يسلم في كذا مثلا ففعل جاز لانه عقد يملكه
بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر في اول كتاب الوكالة من قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز
ان يوكل به غيره قال جمهور الشراح يرد عليه مسئلة الوكالة من جانب المسلم اليه فانها لا تجوز مع ان المسلم اليه
لو باشر بنفسه لقبول السلم يجوز فمنهم من لم يجب عنه ومنهم من اجاب عنه فقال صاحب غاية البيان فجوابه ان
القياس ان لا يملكه المسلم اليه ايضا لكونه بيع المعدوم الا انه جوز ذلك من المسلم اليه بحصته له دفعا
لحاجة المفاليس وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم واثبت
بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص فلم يجز توكيله غيره او نقول جاز بيع المعدوم ضرورة دفع حاجة
المفاليس والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر اثره في التوكيل فلم يرد نقضا على الكلي الذي
قاله القدوري لانه تملك المسلم اليه العقد بنفسه لعارض الضرورة والعوارض لا تقدح في القواعد
وقال هذا ما سنح به خاطري في هذا المقام وقد تبعه صاحب العناية في كلا وجهي جوابه ولكنه اجملهما اقول
في كل واحد منهما نظر اما في الاول فلانه منقوض بعقد الاجارة مثلا لانه كما يجوز ان يباشره الانسان بنفسه

يجوز

يجوز ان يوكل به غيره بلا خلاف مع انه ثابت ايضا على خلاف القياس بالنص كما سياتي في اول كتاب الاجارة ثم
ان الظاهر ان مورد النص مجرد جواز عقد السلم من غير تعرض للمباشرة بنفسه فجواز التوكيل فيه على فرض
لا ينافي الاقتصار على مورد النص كما ان جوازه في عقد الاجارة لم ينافي الاقتصار على مورد النص لاجل
ذلك واما في الثاني فلانه مع انتقاضه ايضا بمثل عقد الاجارة يرد عليه ان في التوكيل ايضا ضرورة
دفع الحاجة سيما اذا كان الموكل مريضا او شيخا فانيا او نحو ذلك فكون الثابت بالضرورة متقدر
بقدر الضرورة لا يمنع جواز التوكيل من جانب المسلم اليه ايضا لا يقال انما جاز بيع المعدوم في
عقد السلم لضرورة دفع حاجة المفاليس الى الثمن لا لمطلق الضرورة التي تتحقق في التوكيل ضرورة
دفع حاجة الموكل الى العمل لا غير لانا نقول بل تتحقق في التوكيل عند الحاجة اليه ضرورة دفع حاجة
المفاليس الى الثمن ايضا مع زيادة فان المفلس العاجز عن المباشرة بنفسه اذا لم يقدر على توكيل غيره
بقبول السلم تشتد حاجته الى الثمن قال المص ومراده التوكيل بالاسلام اي مراد القدوري بالتوكيل
بعقد السلم التوكيل بالاسلام وهو توكيل رب السلم غيره بان يعقد عقد السلم بلفظ الاسلام انما يستعمل
من جانب رب السلم يقال اسلم في كذا اذا اشترى شيئا بالسلم دون قبول السلم اي ليس مراده بذلك التوكيل بقبول
السلم وهو التوكيل من جانب المسلم اليه لان ذلك اي لان التوكيل بقبول السلم لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما
في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهو الموكل وهذا لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان على ان
يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون نص على ذلك محمد رح في باب الوكالة بالسلم من البيوع واذا بطل
التوكيل من المسلم اليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب الطعام في ذمته وراس المال
مملوك له فاذا سلمه الى الامر على وجه التمليك منه كان قرضا له عليه كذا في المبسوط وغيره فان قيل قد يجوز
التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير كما في التوكيل بالشراء فان الوكيل هو المطالب بالثمن والثمن يجب في ذمة الموكل فلم
لا يجوز فيما نحن فيه توكيل المسلم اليه غيره بقبول السلم على ان يطالب الوكيل بتسليم المسلم فيه بجامع معنى الدين
فان المسلم فيه دين في ذمة المسلم اليه كالثمن في ذمة المشتري قلنا بين الدينين فرق فان المسلم فيه دين له
حكم المبيع حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض وليس للثمن حكم المبيع فلا يلزم من الجواز هناك الجواز هنا
كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية في الجواب عن السوال المذكور ان كلامنا فيما اذا كان المبدل
في ذمة شخص وآخر يملك بدله وما ذكرتم ليس كذلك فان الموكل بالشراء يملك المبدل وفي ذمته وقال فان قيل
نا جعل المسلم فيه في ذمة الموكل والمال له كما في صورة الشراء فالجواب عين الجواب عن السوال الاول المذكور انفا
انتهى كلامه اقول انه عدل هنا عن نهج الصواب حيث قصد التصرف الزائد ولكن افسد لان مال جوابه
الاعتراف بعدم تمام الدليل الذي ذكره المص والمصير الى دليل اخر حاصل من الجواب عن السوال الاول الذي حاصله
ان جواز قبول السلم ثابت بالنص على خلاف القياس وبالضرورة فيقتصر على مورد النص ويتقدر بقدره

الضرورة فلا يتعدى الى الامر والدليل الذى ذكره المص مما يلقيه السلف والخلف بالقبول فلا وجه للاعتراض فيه
بعد تمامه مع تحقق المخلص عن السؤال المذكور بالجواب الذى ذكره غيره على ان الجواب عن السؤال الاول لقد عرفت
عدم تمامه بما اوردنا عليه فيما قبل فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد هذا لفظ القدورى
فى مختصره اى ان فارق الوكيل بعقد الصرف والسلم صاحبه الذى عقد معه قبل القبض بطل العقد لوجود
الافتراق من غير قبض يعنى ان من شرط الصرف والسلم قبض البدل فى المجلس فاذا وجد الافتراق فيهما من غير قبض
لم يوجد الشرط فيبطل العقد قال صاحب النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا
فى مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل كذا ذكره الامام خواهرزاده انتهى وكذا
قال اكثر الشراح وعزوه الى الامام خواهرزاده وقال الزيلعى فى التبيين قال فى النهاية هذا اذا كان الموكل
غائبا عن مجلس العقد واما اذا كان حاضرا فى مجلس العقد يصير كان الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة
الوكيل وعزاه الى خواهرزاده وهذا مشكل فان الوكيل اصيل فى باب البيع حضر الموكل العقد او لم يحضر انتهى
ولا تعتبر مفارقة الموكل اى لا تعتبر مفارقته قبل القبض لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد
وهو الوكيل فيصح قبضه اى قبض الوكيل بدل الصرف وان كان لا يتعلق به الحقوق اى وان كان الوكيل ممن
لا يتعلق به حقوق كالصبى والعبد المحجور عليه لان القبض فى الصرف من تتمة العقد فيصح ممن يصدر عنه العقد
اقول لو قال المص فى اثناء التعليل والمستحق بالعقد قبض العاقد والقبض من العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه
منه لكان اولى والتوى اذ لا يخفى ان المدعى هاهنا وهو قوله ولا تعتبر مفارقة الوكيل عام لبابى الصرف والسلم
كما ان قوله فيما قبله فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد عام لهما والدليل الذى ذكره هاهنا
خاص بباب الصرف لان التوكيل فى باب السلم انما يصح من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كما مر والوكيل
من جانب رب السلم ليس بقابض البدل بل هو المقبوض منه فلم يتناوله قوله والمستحق بالعقد قبض العاقد
وهو الوكيل فيصح قبضه فيكون الدليل قاصرا عن افادة المدعى بخلاف ما لو قال مثل ما ذكرناه فتدبر
بخلاف الرسول متعلق بقوله فيصح قبضه ومعناه ان الرسول اذا قبض لا يصح قبضه فلا يتم العقد به
وفى بعض النسخ بخلاف الرسولين اى الرسول فى الصرف والرسول فى باب السلم وليس معناه الرسول من الجانبين
فى الصرف والرسول من الجانبين فى السلم اى من جانب رب السلم ومن جانب المسلم اليه لانه كما لا تجوز الوكالة
من جانب المسلم اليه فكذلك لا تجوز الرسالة من جانبه كذا فى الشروح لان الرسالة فى العقد لا فى القبض
وذلك اقول الكلام هاهنا فى مخالفة الرسول فى العقد للوكيل فى العقد فى بابى الصرف والسلم ورسالة الرسول
فى العقد انما تثبت فى العقد لا فى القبض لان القبض خارج من العقد فلا يدخل تحت الرسالة فيه هذا
وقال صاحب العناية فى توضيح قوله لان الرسالة فى العقد لا فى القبض ولهذا لا يكون افتراق بلا قبض فى فصل
بعض الفضلاء مراده بان قال فانه ذلك انما يكون اذا عقد المرسل بنفسه ولم يقبض وفارق صاحبه ثم ارسل

اذ لا

اذ لا معنى للارسال قبل المفارقة انتهى اقول فيه بحث لان هذا انما يفيد ان لا يكون الرسالة فى القبض
فقط لان لا يكون فى العقد والقبض ولا بد منه دفع هذا الاحتمال ايضا لا يتم المطلوب هاهنا كما لا يخفى
تامل وينتقل كلامه الى المرسل اى وينتقل كلام الرسول فى العقد الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير
العاقد فلم يصح اى لم يصح قبض الرسول فلم يتم العقد به اقول هاهنا اشكال وهو ان الرسالة فى السلم انما تجوز
من جانب رب السلم لا من جانب المسلم اليه كالوكالة فيه على ما صرحوا به فالمراد بالرسول فى باب السلم هو
الرسول من جانب رب السلم فقط ولا شك ان وظيفة رب السلم هى العقد وتسليم راس المال لا قبضه
الذى هو من شرط عقد السلم وانما القبض وظيفة المسلم اليه فلا يتم الكلام بالنظر الى الرسول فى باب السلم
كما لا يخفى ثم ان هذا الاشكال ظاهر على نسخة بخلاف الرسولين وهى نسخة الطبع عليها الشراح حتى ان صاحبى
النهاية والكفاية شرحا هذه النسخة الاخرى اصلا وصاحب غاية البيان جعلها اصلا وذكر الاخرى نسخة
وفسر كلهم الرسولين بالرسول فى الصرف والرسول فى السلم واما على نسخة بخلاف الرسول فكذلك ان جعل الرسول
عاما للرسول فى الصرف والرسول فى السلم كما ذهب اليه من الشراح حيث فسروا الرسول بالرسول فى الصرف
والرسول فى السلم وكما افصح عنه صاحب الكافى حيث قال بخلاف الرسول اى فى الصرف والسلم انتهى واما ان جعل
مخصوصا بالرسول فى الصرف ليكون قوله بخلاف الرسول مطابقا لمتعلقه وهو قوله فيصح قبضه فان المعنى هناك
فيصح قبض الوكيل بدل الصرف كما صرح به اكثر الشراح فيرتفع الاشكال اى القدورى فى مختصره
واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع لم يكن متبرعا فله ان يرجع به اى بالثمن على الموكل لانه
انعقدت بينهما اى بين الوكيل والموكل مبادلة حكمية اى بيع حكمى فصار الوكيل كالبائع من الموكل قال صاحب
غاية البيان فى تعليل هذا لان الملك ينتقل الى الوكيل اولا ثم ينتقل منه الى الموكل انتهى اقول هذا شرح
لكلام المص بما لا يرتضيه صاحبه لان انتقال الملك اولا الى الوكيل ثم الى الموكل طريقة الكرخى والمص قد اختار
فيما مر طريقة ابى طاهر وقال وهو الصحيح احترازا عن طريقة الكرخى كما صرح به الشراح قاطبة هناك
ومنهم هذا الشارح وطريقة ابى طاهر ثبوت الملك ابتداء للموكل لكن خلافة عن الوكيل على ما مر تفصيله فالوجه
ان يحمل مراد المص هاهنا ايضا على ذلك فان الملك وان ثبت للموكل ابتداء على طريقة ابى طاهر الا انه ثبت له
خلافة عن الوكيل لا اصالة كما ذهب اليه الشافعى ولا يخفى ان هذا القدر كاف فى انعقاد المبادلة
الحكمية وان لم يكن كافيا فى المبادلة الحقيقية ولهذا اى ولانعقاد الحكمية بينهما اذا اختلفا فى الثمن
يتحالفان والتحالف من خواص المبادلة ويرد الموكل بالعيب على الوكيل اى اذا وجد الموكل عيبا بالمشترى
يرده على الوكيل وهذا ايضا من خصايص المبادلة لا يقال ما ذكرتم فرع على المبادلة فكيف يكون دليلا
عليها لانا نقول هذا دليل انى لا دليل لمى فلا ينافى الفرعية تامل وقد سلم المشترى للموكل اى حال
انه قد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه اى فيرجع الوكيل على الموكل بالثمن والحاصل انه لما كا

الموكل كالمشترى من الوكيل وقد سلم المشترى الموكل من جهة الوكيل رجع الوكيل بالثمن على الموكل قطعا ولانه
الحقوق دليل آخر لما كانت اليه اى لما كانت راجعة الى الوكيل وقد علمه الموكل اى علم رجوعها اليه فيكون
الموكل راضيا بدفعه اى بدفع الثمن من ماله اى من مال الوكيل وتحقيقه ان التبرع انما يتحقق اذا كان
الدفع بغير امر الموكل والامر ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن
علم انه مطالب بدفع الثمن لقبض المبيع فكان راضيا بذلك آمرا به دلالة فان هلك المبيع فى يده اى فى يد
الوكيل قبل حبسه اى قبل حبس الوكيل المبيع هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن اى لم يسقط عن الموكل
هذا لفظ القدورى يعنى ان هلك المبيع فى يد الوكيل قبل حبسه اياه لا يسقط الرجوع على الموكل لان يده
اى يد الوكيل كيد الموكل فاذا لم يحبسه اى الوكيل يصير الموكل قابضا بيده اى بيد الوكيل فالهلاك فى يد الوكيل كالهلاك
فى يد الموكل فلا يسقط الرجوع وله اى للوكيل ان يحبسه اى يحبس المبيع عن الموكل حتى يستوفى الثمن سواء
كان الوكيل دفع الثمن الى البايع اولم يدفع كذا فى الشروح نقلا عن المبسوط قال فى الذخيرة لم يذكر محمد فى شىء
من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البايع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفى
الدراهم منه وحكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى ان له ذلك وانه صحيح لانه حق الحبس للوكيل فى موضع
نقد الثمن لاجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وعدمه انتهى وقال
صاحب غاية البيان قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفى عليه هذا وقد صرح محمد فى الاصل فى كتاب
الوكالة فى الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا ان يشترى له عبدا بالف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه
فطلب الامر اخذ العبد من الوكيل وابى الوكيل ان يدفعه فللوكيل ان يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن فى قول ابى ح
وان كان نقد الثمن اولم ينقده فهو سواء الى هنا لفظ محمد فى الاصل انتهى قال المص لما بينا انه اى الوكيل
بمنزلة البايع من الموكل اشار به الى قوله لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية والبايع حق حبس المبيع
عن المشترى بقبض الثمن فكذا الوكيل وهذا لا يفصل بين ان يكون الوكيل دفع الثمن الى البايع اولا وقال
زفر ليس له ذلك اى ليس للوكيل حبس المبيع لاستيفاء الثمن لان الموكل صار قابضا بيده اى بيد الوكيل
يعنى ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل بدليل ان هلاكه فى يد الوكيل كهلاكه فى يد الموكل فكانه سلمه اليه
اى فكان الوكيل سلم المبيع الى الموكل فيسقط حق الحبس تشترط ان يد الوكيل يد الموكل حكما فلو وقع فى يد الموكل
حقيقة لم يكن للوكيل حق الحبس فكذا اذا وقع فى يده حكما قلنا الناظرتان فى الجواب عنه مدار احدهما
تسليم ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل ومدار الآخر منع ذلك فاشار الى الاول بقوله وهذا اى هذا
القبض لا يمكن التحرز عنه يعنى سلمنا ان الموكل صار قابضا بقبض الوكيل لكن هذا القبض مما لا يمكن
التحرز عنه لان الوكيل لا يتوسل الى الحبس ما لم يقبض ولا يمكنه ان يقبض على وجه لا يصير الموكل قابضا
وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حق الوكيل فى الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه

بتسليمه ولا يتحقق منه الرضى فيما لا طريق له الى التحرز عنه واذا كان كذلك فلا يكون راضيا بسقوط
حقه فى الحبس واشار الى الطريق الثانى بقوله على قبضه موقوف يعنى على انا لا نسلم ان الموكل صار قابضا
بقبض الوكيل بل قبض الوكيل فى الابتداء موقوف اى متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل وان يكون لاحيا
حق نفسه وانما يتبين احدهما عن الآخر بحبسه فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه يعنى
ان لم يحبسه عن الموكل عرفنا انه كان عاملا للموكل فيقع له وان حبسه عنه عرفنا انه كان عاملا لنفسه
وان الموكل لم يصر قابضا بقبضه فان حبسه اى حبس الوكيل المبيع فهلك اى المبيع كان مضمونا ضمان الرهن
عند ابى يوسف رح يعنى يعتبر الاقل من قيمته ومن الدين فاذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة
رجع الوكيل على الموكل بخمسة وضمان المبيع عند محمد رح اقره يعنى يسقط به الثمن قليلا كان او كثيرا وهذا
الذى ذكره لفظ القدورى فى مختصره ولم يذكر فيه قول ابى ح رحمه كما لم يذكر فى المختلف والحصر وغير ذلك
لكن قال الشيخ ابو نصر البغدادى ذكر فى الجامع قول ابى ح مثل قول محمد فلذلك قال المص وهو اى قول محمد
قول ابى ح رحمه ولم يقل رأسا وضمان المبيع عند ابى ح ومحمد رحمهما الله على ما هو اللايق المعتاد فيما اذا اتحد
قولهما وضمان الغصب عند زفر رح يعنى يجب مثله او قيمته بالغة ما بلغت قال فى العناية فلا يرجع الوكيل
على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكر فى اكثر
الشروح وقال الشارح تاج الشريعة فيرجع الوكيل على الموكل ان كان ثمنه اكثر ويرجع الموكل على الوكيل ان
كانت قيمته اكثر انتهى وهو المفهوم مما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية وهو الظاهر عندى على قول زفر
تامل تفهم لانه اى الحبس منع بغير حق لما مر ان قبض الوكيل قبض الموكل وليس له حق الحبس فيه فصار
غاصبا لهما اى لابى حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اى الوكيل بمنزلة البايع منه اى من الموكل كما تقدم
فكان حبسه لاستيفاء الثمن اذ للبايع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فيسقط اى الثمن بهلاكه اى
بهلاك المبيع واعترض بانه لو كان كذلك لزم الضمان حبس او لم يحبس لان المبيع مضمون على البايع
وان لم يحبس واجيب بانه اذا حبس تعين انه بالقبض كان عاملا لنفسه فيقوى جهة كونه بايعا فلزم
الضمان واما اذا لم يحبس فقبضه كان للموكل فاشبه الرسول فهلك عنده امانة كذا فى العناية
اقول لقائل ان يقول كما انه يشبه الرسول يشبه البايع ايضا لانعقاد المبادلة الحكمية بينهما كما تقرر
فان لم يجعل جهة مشابهته بالبايع ساقطة عن حيز الاعتبار فيما اذا لم يحبس المبيع لم يظهر وجه
عدم الضمان فى هذه الصورة كما لا يخفى وان جعلت تلك الجهة ساقطة عن حيز الاعتبار فى هذه
الصورة فمع عدم ظهور علة الاسقاط فيها يلزم ان لا تتمشى فيها ما ذكر فيما سبق من تعليل مسئلة
رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على الموكل فيما اذا دفعه من ماله وقبض المبيع بانعقاد المبادلة الحكمية
بينهما مع ان تلك المسئلة شاملة لصورتى الحبس وعدم الحبس وعلتها انعقاد المبادلة الحكمية بينهما

فتامل ولابي يوسف انه اي الحالك مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن اي بعد ان لم يكن مضمونا لانه
لم يكن مضمونا قبل الحبس كما تقدم وصار مضمونا بعد الحبس وكل ما هو كذلك فهو بمعنى الرسالة الرهن اشار اليه
بقوله وهو الرهن بعينه يعني هو بمعنى الرهن وهذا لاثبات مدعاه وقوله بخلاف البيع لنفي قولهما يعني
ان المشتري المحبوس ههنا ليس كالمبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه اي بهلاك المبيع وههنا لا ينفسخ
اصل العقد يعني الذي بين الوكيل وبايعه واجاب المص عنه بقوله قلنا ينفسخ اي العقد في حق الموكل
والوكيل وان لم ينفسخ في حق البايع والوكيل ومثله لا يمتنع كما اذا رده الموكل بعيب اي اذا وجد الموكل
عيبا بالمشتري فرده الى الوكيل ورضي الوكيل به فانه يلزم الوكيل وينفسخ العقد بينه وبين الموكل
وان لم ينفسخ بينه وبين بايعه قال صاحب غاية البيان وهذه مغالطة على ابي يوسف لانه يفرق
بين هلاك المبيع قبل القبض في يد البايع وبين هلاكه في يد الوكيل بعد الحبس ففي الاول ينفسخ البيع
وفي الثاني لا وانفساخ البيع بين الوكيل والموكل بالرد بالعيب لا يدل على انفساخه من الاصل اذا
هلك في يد الوكيل فخرج الجواب عن موضع النزاع انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك وانه
كما ترى فاسد لانه اذا فرض ان الوكيل بايع كان الهلاك في يده كالهلاك في يد بايع ليس بوكيل فاستويا
في وجود الفسخ وبطل الفرق بل اذا تاملت وجدت ما ذكر عن جانب ابي يوسف غلطا او مغالطة
وذلك لان البايع من الوكيل بمنزلة بايع البايع واذا انفسخ العقد بين المشتري وبايعه لا يلزم
منه الفسخ بين البايع وبايعه فكان ذكر احدهما يعني غلطا او مغالطة اي القدوري
في مختصره واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة
ارطال بدرهم اي اذا كانت عشرة الارطال من ذلك اللحم تساوي قيمته درهما وانما قيد به لانه
اذا كانت عشرة الارطال منه لا تساوي درهما نفذ الكل على الوكيل بالاجماع كذا في الذخيرة وسياتي
في الكتاب لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون الى هنا لفظ
القدوري قال المص وذكر في بعض النسخ اي في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول ابي حنيفة
وقال المص ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل اي في المبسوط فانه قال في آخر باب الوكالة بالبيع والشراء منه
واذا وكله ان يشتري له عشرة ارطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم والباقي للمامور لانه
امره بشراء قدر مسمى فما زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي تناوله امره
قد حصل مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر
الخلاف فيه كما ترى لابي يوسف وجه انه امره اي ان الموكل امر الوكيل بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة
ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا يعني ان الوكيل لم يخالف الموكل فيما امره وانما جاء ظنه مخالفا
للواقع فليس على الوكيل من ذلك شيء سيما اذا زاده خيرا وصار كما اذا وكل ببيع عبده بالف فباعه بالفين

حيث

حيث جاز ذلك فكذا هذا ولابي حنيفة رح انه امره بشراء عشرة اي بشراء عشرة ارطال لحم ولم يامره
بشراء الزيادة وظن ان ذلك المقدار يساوي درهما وقد خالفه فيما امره به فينفذ شراؤها اي شراء الزيادة
عليه اي على الوكيل لكونه غير مامور به وشراء العشرة على الموكل اي وينفذ شراء العشرة على الموكل لانه
اتيان بالمامور به فان قيل ينبغي ان لا يلزم الآمر عند عشرة بنصف درهم ايضا لان هذه العشرة ثبتت ضمنا
للعشرين لا قصدا وقد وكله بشراء عشرة قصدا ومثل هذا لا يجوز على قوله كما اذا قال الرجل طلق امرأتي
واحدة فطلقها ثلاثا لا تقع عنده الواحدة لثبوتها في ضمن الثلاث والمتضمن لم يثبت لعدم التوكيل به
فلا يثبت ما في ضمنه ايضا تبعا له قلنا ذلك مسلم في الطلاق لان المتضمن لم يثبت هناك لا من الموكل
لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لان المرأة امرأة الموكل لا امرأة الوكيل واما ههنا اذا لم يثبت الشراء من
الموكل ثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر العقود التي خالف
الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى
العشرة بنصف درهم فهو خالف الى خير فينفذ على الموكل ولان الثمن يتوزع على اجزاء المبيع فح كان الكل مقصودا
فلا يتحقق الضمن في الشراء كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المحقق مولانا حميد الدين اقول
الوجه الثاني من الجواب المذكور وهو قوله ولان الثمن يتوزع الخ واضح لا غبار عليه واما الوجه الاول منه
فمشكل لا يعقل اذ بعد الاعتراف بان الشراء في المتضمن وهو العشرون يثبت من الوكيل دون الموكل كيف يتم القول
بان ما في ضمنه وهو العشرة يثبت من الموكل ولا شك ان حكم ما في ضمن الشيء تبع حكم ذلك الشيء دائما فثبوت شراء العشرين
من الوكيل نفسه يستلزم ثبوت شراء العشرة التي في ضمنه منه ايضا فلا وجه لنفاذ شراء العشرين على الوكيل ونفاذ
شراء العشرة التي في ضمنه على الموكل كما لا يخفى فان قلت ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في الذخيرة والتتمة معزيا
الى المنتقى وهو انه اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي
عشرة قال ابو حنيفة رحمه لا يجوز البيع في واحد منهما وهناك ايضا حصل مقصود الآمر وزاده خيرا ومع ذلك
لا ينفذ ما اشتراه على الآمر في شيء منهما فكيف نفذ ههنا شراء العشرة على الموكل قلت يحتمل ان الفرق انما نشا من حيث
ان اللحم من ذوات الامثال كما اختاره صاحب المحيط لانه من الموزونات والاصل في المكيلات والموزونات ان تكون
من ذوات الامثال وهي لا تتفاوت في القيمة اذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة وكلامنا فيه لان الكلام فيما
اذا كان اللحم مما يباع عشرة ارطال منه بدرهم فح كان للوكيل ان يجعل للموكل اي عشرة شاء بخلاف الثوب فانه من ذوات
القيم والثوبان وان كانا متساويين في القيمة لكن ذلك انما يعرف بالحزر والظن وذلك لا يعين حق الموكل فيبقى
حقه مجهولا فلا ينفذ عليه والى هذا اشار في التتمة فقال لاني لا ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان
القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن كذا في النهاية قال صاحب العناية بعد ان ذكر هذا الجواب ونسبه الى صاحب النهاية
وهذا لا يتمشى الا على طريقة من جعل اللحم مثليا واما عند غيره فلا بد من تعليل آخر ولعل ذلك ان يقال اللحم ايضا

مزذوات القيم لكن التفاوت فيه قليل اذا كان من جنس واحد معروض التساوى فى القدر والقيمة وقد تختلف
بعضه ببعض بخلاف الثوب فان فى تطرق الخلل احتمال التساوى كثيرة مادة وصورة وطولا وعرضا ورقعة
ورقعة واجله كونه حاصلا بصنع العباد ومحل السهو والنقصان فلا يلزم تحمله من تحمل ما هو اقل خللا انتهى
كلامه بخلاف ما استشهد به جوابا عن تمثيل ابى يوسف رح المتنازع فيه بما اذا وكله ببيع عبد بالف فباعه
بالفين لان الزيادة هناك اى فيما استشهد به بدل ملك الموكل ولا يجوز ان يستحقه الوكيل لا باذن الموكل
ولا بغير اذنه ولهذا لو قال بع ثوبى هذا على ان ثمنه لك لا يصح فتكون له اى فتكون الزيادة للموكل قال
صاحب العناية ورد بان الدرهم ملك الموكل فتكون الزيادة ملكه فلا فرق بينهما والجواب ان الزيادة ثمة بدل منه
لا بدل فكان الفرق ظاهرا والحاصل ان ذلك قياس البيع على الثمن وهو فاسد لوجود الفارق واقل ذلك ان الا
الزايد لا يفسد بطول المكث بخلاف اللحم ويجوز صرفه الى حاجة اخرى ناجزة وقد يتعذر ذلك فى اللحم فتلف انتهى
كلامه اقول فى كل واحد من الرد والجواب شئ فتامل بخلاف ما اذا اشترى ما يساوى عشرين رطلا بدرهم
متعلق باصل المسئلة حيث يصير اى يصير الوكيل فى هذه الصورة مشتريا لنفسه بالاجماع لوجود المخالفة
لان الامر تناول السمين وهذا اى ما اشتراه مهزول فلم يحصل مقصود الامر فلم يكن ذلك له اى القدورى
فى مختصره ولو وكله بشراء شئ بعينه فليس له اى للوكيل ان يشتريه لنفسه اى لا يجوز حتى لو اشتراه لنفسه
يقع الشراء للموكل سواء كان نوى عند العقد الشراء لنفسه او صرح بالشراء بان قال اشهدوا انى قد اشتريت لنفسى
هذا اذا كان الموكل غائبا فان كان حاضرا وصرح الوكيل بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا فى الشروح
نقلا عن التتمة ووضع المسئلة فى الذخيرة ثم قال وانما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه فشراؤه داخل
تحت الوكالة من كل وجه فمتى اتى به على موافقة الامر وقع الشراء للموكل نوى او لم ينو قال المص فى تعليل مسئلة
الكتاب لانه اى لان اشتراءه لنفسه يؤدى الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه وذلك لا يجوز ولان فيه اى فى
اشترائه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل لانه فسخ عقد فلا يصح بدون
علم صاحبه كساير العقود كذا فى العناية وغاية البيان اقول يرد عليه ان العلم بالعزل فى باب
الوكالة يحصل باسباب متعددة منها حضور صاحبه ومنها بعث الكتاب ووصوله اليه ومنها ارسال
الرسول اليه وتبليغه الرسالة اياه ومنها اخبار واحد عدل او اثنين غير عدلين بالاجماع واخبار واحد
عدلا كان او غيره عند ابى يوسف ومحمد وقد صرح بها فى غاية المعتبرات سيما فى البدايع فاشتراط علم الاخر
فى صحة فسخ احد المتعاقدين العقد القايم بينهما لا يقتضى ان لا يملك الوكيل عزل نفسه الا بمحضر من الموكل
لان انتفاء سبب واحد لا يستلزم انتفاء ساير الاسباب فلا يتم التقريب اللهم الا ان يحمل وضع المسئلة على
انتفاء ساير اسباب العلم بالعزل ايضا لكنه غير ظاهر من عبارات الكتب اصلا ويحتمل ان يكون الشرح فى تمام المعنى قد
على ما قيل لا بما اليه ذلك فتامل واعلم ان صاحب البدايع قال فى بيان هذه المسئلة الوكيل بشراء شئ بعينه لا يملك

ان يشتريه

ان يشتريه لنفسه واذا اشترى يقع الشراء للموكل لان شراءه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك
ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى
ثم قال فى موضعه وهو فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة ان الوكيل يخرج عن الوكالة باشياء منها عزل الموكل اياه
ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهى ولصحة العزل شرطان احدهما علم الوكيل لان
العزل فسخ فلا يلزم حكمه الا بعد العلم بالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل وكذا لو كان غائبا فكتب اليه كتابا بالعزل فبلغه
الكتاب وعلم ما فيه انعزل لان الكتاب من الغايب كالخطاب وكذا لو ارسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا
ارسلنى اليك يقول انى عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا
صغيرا كان او كبيرا بعد ان بلغ الرسالة على الوجه الذى ذكرنا لان الرسول قايم مقام المرسل وسفير عنه فتصح
سفارته بعد ان صحت عبارته على اى صفة كان وان لم يكتب كتابا ولا ارسل اليه رسولا ولكن اخبره بالعزل
رجلان عدلان كانا او غير عدلين او رجل واحد عدل ينعزل فى قولهم جميعا سواء صدقه الوكيل او لم يصدقه
اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد العدل مقبول فى المعاملات وان لم يكن عدلا لا يخبر العدد او العدالة ولكن
اخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر فى قول ابى ح وعندهما ينعزل
اذا ظهر صدق الخبر وان كذبه الى هنا كلامه اقول لا يذهب علينا ان فيما بين كلاميه المذكورين فى الموضعين تدافعا
فان ما ذكره فى فصل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة صريح فى صحة عزل الموكل الوكيل بشرط علم الوكيل سواء عزله بمحضر منه او
عزله بغيبة منه ولكن علم العزل بسبب من اسباب شتى على ما فصله وما ذكره اولا من قوله كما لا يملك الموكل عزله الا
بمحضر منه يدل على عدم صحة عزل الموكل الوكيل فى صورة ان عزله بغير محضر منه كما ترى والعجب انه احال الاول على الثانى
بقوله على ما نذكره فى موضعه قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين الوكيل بنكاح امرأة بعينها اذا نكحها من نفسه
بمثل المهر المأمور به فانه يقع على الوكيل لا على الموكل مع انه لم يخالف فى المهر المأمور به واجيب بان النكاح الموكل به
نكاح مضاف الى الموكل فان الوكيل بالنكاح لا بد ان يضيف النكاح الى موكله فيقول زوجتك لفلان والموجود فيما
اذا نكحها من نفسه ليس مضافا الى الموكل فان النكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك فكانت المخالفة موجودة
فوقع على الوكيل بخلاف التوكيل بشراء شئ بعينه فان الموكل به هنا شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لا شراء
مضاف الى الموكل فاذا اتى بذلك يقع على الموكل فلو كان الثمن مسمى يعنى لو وكله بالشراء بثمن مسمى فاشترى بخلاف
جنسه اى بخلاف جنس المسمى بان سمى دراهم مثلا فاشترى بدنانير او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود
كالمكيل والموزون او وكل اى الوكيل وكيلا بشرائه فاشترى الثانى اى فاشترى الوكيل الثانى وهو
وكيل الوكيل وهو غايب اى والحال ان الوكيل الاول غايب ثبت الملك للوكيل الاول فى هذه الوجوه
اى فى هذه الوجوه الثلثة التى ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدورى يعنى انما لا يكون الشراء
للوكيل فيما وكل بشراء شئ بعينه فاشتراه لنفسه اذا لم يوجد احد هذه الوجوه الثلثة اما اذا وجد

فيكون الشراء للوكيل الاول لانه اى الوكيل الاول خالف امر الآمر وهو الموكل اما اذا اشترى بخلاف جنس
ما سمى فظاهر واما اذا اشترى بغير النقود فلان المتعارف نقد البلد فالامر ينصرف اليه ولما اذا وكل
وكيلا بشرائه فلانه مامور بان يحضر رايه ولم يتحقق ذلك حال غيبته فنفذ اى الشراء عليه اى على الوكيل
الاول ولو اشترى الثانى اى الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول نفذ اى الشراء على الموكل على الاول لانه
حضره رايه اى راى الوكيل الاول فلم يكن مخالفا اعلم يكن الوكيل الاول مخالفا لامر آمره وذلك لانه
اذا كان حاضرا يصير كانه هو المباشر للعقد الا يرى ان الاب اذا زوج ابنته البالغة بشهادة رجل
واحد بحضرتها جاز فيجعل كانها هى التى باشرت العقد فكان الابمع ذلك الرجل شاهدين كذا
فى المبسوط قيل ما الفرق بين الوكيل بالبيع والشراء والنكاح والخلع والكتابة اذا وكله غيره ففعل الثانى
بحضرة الاول او فعل ذلك اجنبى فبلغ الوكيل فاجازه يجوز وبين الوكيل بالطلاق والعتاق فانه لو
وكل غيره فطلق او اعتق الثانى لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول والرواية فى التتمة والذخيرة
واجيب بان العمل بحقيقة الوكالة فى التوكيل بالطلاق والعتاق متعذر لان التوكيل تفويض الراى
الى الوكيل وتفويضه الى الوكيل انما يتحقق فيما يحتاج فيه الى الراى ولا حاجة فيهما اذا انفردعن الى الراى
فجعلنا الوكالة فيهما مجازا عن الرسالة لانها تتضمن معنى الرسالة والرسول ينقل عبارة المرسل فصار المامور
فيهما هو مامور ابنقل عبارة الآمر لا بشئ آخر وتوكيل الآخر والاجازة ليس من النقل فى شئ فلم يملكه الوكيل
واما فى البيع والشراء وغيرهما فالعمل بحقيقة الوكالة ممكن لانهما مما يحتاج فيه الى الراى فاعتبر الماموريه
وكيلا والمامور به حضور رايه وقد حضر بحضوره او باجازته اى القدورى فى مختصره
وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه
بمال الموكل الى هنا لفظ القدورى قال المص رضى الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضافه اى الوكيل
العقد الى دراهم الامر كان للآمر هذا هو الوجه الاول من وجوه هذه المسئلة وقال المص وهو
المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله يعنى ان المراد بقول القدورى او يشتريه
بمال الموكل هو الاضافة عند العقد الى دراهم الموكل دون النقد من مال الموكل بغير اضافة اليه لان فيه
اى لان فى النقد من مال الموكل تفصيلا فانه بعد ان يشتريه بدراهم مطلقة ان نقد من دراهم الوكيل
كان الشراء للوكيل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافا فانه اذا تصادقا على انه لم يحضره
النية وقت الشراء فعلى قول محمد العقد للوكيل وعلى قول ابى يوسف يحكم النقد على ما يجئ وهذا
بالاجماع اى لو اضاف العقد الى دراهم الآمر يقع له بالاجماع وهو مطلق اى قوله او يشتريه بمال الموكل
مطلق لا تفصيل فيه فيحمل على الاضافة الى مال الموكل كذا قال جمهور الشراح فى شرح هذا المقام اقول
فيه نظر لانهم حملوا التفصيل المذكور فى قول المص لان فيه تفصيلا على انه ان نقد من دراهم الموكل كان

كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء له وليس بصحيح لان ذلك تفصيل النقد المطلق لا النقد من
مال الموكل كما لا يخفى ومما يصلح للترجيح كون المراد بقول القدورى او يشتريه بمال الموكل الاضافة الى دراهم الموكل
دون النقد من ماله انما هو وقوع التفصيل فى النقد من مال الموكل لا وقوعه فى النقد المطلق لا مساس له بكلام القدورى
فان المذكور فيه مال الموكل دون مطلق المال ثم ان صاحب العناية قد سلك المسلك المذكور فى شرح هذا المقام وزاد اخلالا حيث قال
بعد ان ذكر وجوه هذه المسئلة واذا عرفت هذه الوجوه ظهر لك ان فى النقد من مال الموكل تفصيلا اذا اشترى بدراهم مطلقة ولم ينو
ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان نواه للموكل لا يعتبر النقد انتهى فان قوله ولم ينو لنفسه قيد
مهنا لانه اذا لم ينو لنفسه فان نوى للموكل لا يعتبر النقد اصلا كما صرح به فلا يتم التفصيل الذى ذكره بقوله ان نقد من دراهم الموكل
كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له وان لم ينو للموكل ايضا كان ما صدق ذلك التفصيل على قول ابى يوسف فقط اذ على قول
محمد يكون العقد للوكيل كما سيجئ فكان ما ذكره مناسبا للشرح قول المص فضلا فالاشرح قوله تفصيلا وايضا انه ما صرح بان التفصيل انما
هو فى النقد من مال الموكل حيث قال ظهر لك ان فى النقد من مال الموكل تفصيلا كيف يتيسر له بيان ذلك التفصيل فى النقد المطلق
بان قال ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء له وان نقد من دراهم الوكيل كان له والحاصل ان الركاكة فى تقرير صاحب العناية الحق
اقول الحق فى هذا المقام ان المص اراد بالتفصيل فى قوله لان فيه تفصيلا وخلافا صورتى التكاذب والتوافق والخلاف الواقع فى صورة
التوافق فالمعنى ان فى النقد من مال الموكل تفصيلا فانه اذا نقد من ماله فان تكاذبا فى النية يحكم النقد بالاجماع وان توافقا على انه لم
يحضره النية فعند محمد هو للعاقد وعند ابى يوسف يحكم النقد ايضا وخلافا فانه اذا نقد من ماله وتوافقا على عدم النية لا يحكم
فعند محمد هو للعاقد وعند ابى يوسف يحكم النقد بخلاف الاضافة الى دراهم الآمر فانه لا تفصيل ولا خلاف فيها فكان حمل كلام القدورى
عليها اولى ثم اقول بقى لى بحث فيما ذهب اليه المص ههنا وهو ان فيه اخلالا باصل المسئلة فان صورة ان اضاف العقد الى
دراهم مطلقة وتكاذبا فى النية لا تكون داخلة حينئذ فى شئ من قسمى الاستثناء المذكور فى كلام القدورى فيلزم ان يكون العقد فى تلك
الصورة للوكيل البتة بموجب ما يقتضيه الكلام بعد الاستثناء مع انه يحكم النقد فيها بالاجماع فيما نقد من مال الموكل يصير العقد له
قطعا وان صورة ان اضاف العقد الى دراهم مطلقة وتوافقا على انه لم يحضره النية لا يكون داخلة ايضا فى شئ من قسمى الاستثناء
المذكور فيلزم ان يكون العقد فيها ايضا للوكيل بموجب ما بقى بعد الاستثناء مع ان فيها خلافا كما سيجئ فيلزم حمل كلام القدورى
ههنا عن ورطة ووقع فى ورطة اخرى مثل الاولى بل اشد منها فما الفائدة فيه ولعل صاحب الكافى تفطن لذلك حيث
زاد الاستثناء فى وضع المسئلة فقال ولو وكل بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت
الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل او ينقد من ماله وقال فهذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر
كان للآمر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل الخ وان اضافه الى دراهم نفسه اى ان اضاف الوكيل العقد الى دراهم نفسه
كان اى العقد لنفسه هذا هو الوجه الثانى من وجوه هذه المسئلة حملا لحاله اى حال الوكيل على ما يحل له شرعا تعليل بقوله
ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر يعنى انه اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر ينبغى ان يقع للآمر لانه اذا لم يقع
للآمر كان واقعا للوكيل فلو وقع له كان غاصبا للدراهم الآمر وهو لا يحل شرعا كذا قال صاحب النهاية وعليه عامة الشراح

اقول فيه نظر لان الغصب انما يلزم لو نقد من دراهم الآمر واما اذا اضافه الى دراهم الآمر ولكن لم ينقد من دراهمه
بل نقد من دراهم نفسه فلا يلزم الغصب قطعا وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر يتحقق في الصورتين نص عليه
في الذخيرة ونقل عنها في النهاية فلا يتم التقريب او يفعله عادة عطف على قوله يحل له شرعا وتعليل لقوله وان اضاف
الى دراهم نفسه كان لنفسه يعني ان العادة جرت بان الشراء اذا كان مضافا الى دراهم معينة يقع لصاحب الدراهم
فلما اضاف العقد الى دراهم نفسه وقع له حملا لامره على وفق العادة كذا في النهاية وعليه العامة قال
تاج الشريعة بعد ان جرى في شرح كلام المص منهاج الطريقة المذكورة وهي توزيع التعليل المزبور على المسئلتين ويجوز
ان يكون التعليل لان المسئلة الاولى والحكم في المسئلة الثانية يثبت بطريق الدلالة لانه كما لا يحل له ان يشتري
لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا كذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيف الى دراهم نفسه واما العادة
فجارية على انه لا يشتري لغيره ويضيفه الى دراهم نفسه وكذا على العكس وقال صاحب العناية بعد ان سلك الطريقة
المذكورة ويجوز ان يكون قوله حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول وعلى الثاني يعلم بالدلالة
فانه كما لا يحل له ان يشتري لنفسه ويضيف العقد الى دراهم غيره شرعا فكذا لا يحل له ان يشتري لغيره ويضيفه
الى دراهم نفسه والعادة مشتركة لا محالة ثم قال والاول اولى لان بالاول يصير غاصبا دون الثاني فلا امتناع فيه
شرعا انتهى اقول ان قول المص اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا ينادي باعلى
الصوت على ان التعليل المزبور بشقيه مع الوجه الاول كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة فالاولى ان يجعل مجموع قوله حملا
لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة دليلا على الوجه الاول ويكتفى في العلم بالوجه الثاني بدلالة شئ اعني قوله او يفعله
عادة على ذلك والانصاف ان تحرير المص هنا معقد ومضطرب كما ترى ولهذا تحير الشراح في حله الوافي وشرح الكافي
وان اضافه اي العقد الى دراهم مطلقة هذا هو الوجه الثالث من وجوه هذه المسئلة وفيه تفصيل اشار اليه بقوله
فان نواها اي الدراهم المطلقة للآمر فهو اي العقد للآمر وان نواها لنفسه فلنفسه اي فالعقد لنفسه لانه
له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل اي في التوكيل بشراء عبد بغير عينه فكانت نيته معتبرة اقول
لقائل ان يقول اذا نواها لنفسه ولكن نقد من دراهم الآمر ينبغي ان يكون العقد للآمر لئلا يلزم المحذور الذي ذكروه فيما
اذا اضاف العقد الى دراهم الآمر من كونه غاصبا الدراهم الآمر فان قلت الغصب في صورة الاضافة الى دراهم الآمر في ضمن
نفس العقد فيبطل العقد ببطلانه واما في صورة المذكورة فنقد النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد فلا
يلزم من بطلانه بطلان العقد فافترقت الصورتان قلت الغصب ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة ولا شك
ان هذا لا يتحقق في نفس الاضافة الى دراهم الآمر بل انما يتحقق في النقد من دراهمه فهو لم يوجد في ضمن نفس العقد
في شئ من الصورتين المذكورتين بل انما وجد في النقد من دراهم الآمر وهو خارج عن نفس العقد في تلك الصورتين
معا فلا يتم الفرق تدبر وان تكاذبا اي الوكيل والموكل في النية فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم
النقد بالاجماع فمن نقد من نقد الثمن كان المبيع له لان اداء النقد دلالة ظاهرة على ما ذكرناه من حمل حاله على ما يحل له

شرعا

شرعا او يفعله عادة وان توافقا على انه لم يحضره النية ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قال محمد
اي العقد للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه يعني ان الاصل ان يعمل كل احد لنفسه الا اذا ثبت جعله
اي جعل العمل لغيره بالاضافة الى ماله او بالنية له ولم يثبت اي والفرض انه لم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد
لان ما اوقعه مطلقا اي من غير تعيين بينه يحتمل الوجهين وهما ان يكون العقد للآمر وان يكون لنفسه فيبقى
موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه فتعين به احد المحتملين ولان مع تصادقهما
على انه لم يحضره النية للآمر ان نويه ونسيه وفيما قلنا اي في تحكيم النقد حمل حاله اي حال الوكيل على الصلاح
وهو ان لا يكون غاصبا على تقدير النقد من مال الآمر كما في حالة التكاذب بقي الكلام في هذه المسئلة وهو ان الاضافة
الى اي نقد كانت ينبغي ان لا يفيد شيئا لان النقود لا تتعين بالتعيين واجيب عن ذلك بانا لا نقول ان الشراء بتلك
الدراهم يتعين وانما نقول الوكالة تتقيد بها على ما سيجيء من ان النقود تتعين في الوكالات الا يرى انها لو هلكت
قبل الشراء بها بطلت الوكالة واذا تقيدت بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة كذا في العناية وعليه جمهور الشراح
ومأخذهم المبسوط اقول في الجواب بحث وهو ان النقود لا تتعين في الوكالات قبل التسليم بالاجماع وكذا بعده عند عامة
المشايخ وانما تتعين بعده عند بعضهم على قول ابي ح رح صرح به في عامة المعتبرات وسيظهر لك فيما سيجي
عن قريب وجواب مسئلة الاضافة الى دراهم الآمر والى دراهم نفسه غير مقيد بكون الاضافة بعد التسليم وغير
مختص بقول ابي ح بل هو مطلق وبالاجماع كما تقرر فيما مر فكيف يتم ان يجعل مداره ما هو المقيد والمختلف فيه وكان الامام
الزيلعي تنبه لهذا حيث قال في شرح الكنز في تعليل مسئلة الاضافة الى غير معين لان الثمن وان كان لا يتعين
لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى
بالدراهم المغصوبة انتهى لكنه لم يات ايضا بما يشفي العليل هنا كما ترى ثم اقول الاولى في الجواب ان يقال
ليس العلة في كون العقد لمن اضاف الى دراهمه تعين النقود بالتعيين بل حمل حاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة
كما مر بيانا وشروحا فلا ضير لعدم تعين النقود بالتعيين في مسئلتنا هذه وقد اشار اليه صاحب الكافي في قوله
والدراهم وان لم تتعين ولكن الظاهر ان المسلم لا يضيف شرعا الشراء لنفسه الى دراهم الغير لانه مستنكر شرعا
وعرفا انتهى قال المص والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه اي على الوجوه المذكورة في التوكيل
بالشراء وفاقا وخلافا وانما خصه بالذكر مع استفادة حكمه من التوكيل بالشراء نفيا لقول بعض مشايخنا
فانهم قالوا في مسئلة الشراء اذا تصادقا انه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد في مسئلة التوكيل بالاسلام وهم فرقوا بين مسئلة الشراء والسلم على قول ابي يوسف بان
للنقد اثرا في تنفيذ السلم فان المفارقة بلا نقد تبطل السلم فاذا جهل من له العقد يستبان بالنقد وليس
الشراء كذلك فكان العقد للعاقد عملا بقضية الاصل كذا في الشروح وفرق ابو يوسف بين هذا وبين المأمور
بالحج عن الغير اذا اطلق النية عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه لان الحج عبادة والعبادات

لا تتادى الا بالنية فكان مامورا بانه ينوى الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا بترك ما امر به شرطا ولنا
فى المعاملات فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الامر مخالفا فيبقى حكم عقده موقوفا على النقد كذا فى
باب الوكالة بالسلم من بيوع المبسوط قال اى محمد رحه فى الجامع الصغير ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال
اى المامور قد فعلت ومات عندى وقال الامر اشتريته لنفسك فالقول قول الامر فان كان اى الامر دفع اليه
اى الى المامور الالف فالقول قول المامور لان فى الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن الثمن منقودا الى المامور اخبر الامر
عما لا يملك استينافه اى استيناف سببه وهو الرجوع بالثمن على الامر فان سبب الرجوع على الامر هو العقد وهو
لا يقدر على استينافه لان العبد ميت اذ الكلام فيه والميت ليس بمحل العقد فكان قول الوكيل فعلت ومات عندى
لارادة الرجوع على الامر وهو اى الامر ينكر ذلك والقول للمنكر فقول المص لا يملك استينافه معناه لا يملك
استيناف سببه على طريق المجاز بالحذف والضمير المرفوع فى قوله وهو الرجوع بالثمن راجع الى ما فى عما لا يملك
استينافه وهذا هو الوجه الاحسن فى حل عبارة المص هنا واليه ذهب صاحب العناية وقيل انما قال وهو الرجوع
ولم يقل وهو العقد لان مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الامر لا العقد لاجل الامر فترك الواسطة
وهى العقد وصرح بالمقصود وهو الرجوع فكان ذكرا للمسبب بارادة للسبب وجاز هذا لان الرجوع بالثمن على
الامر مختص بالشراء لاجل الامر والى هذا التوجيه ذهب اكثر الشراح قال فى الكفاية بعد ذكر هذا وفى بعض النسخ
لا يملك استينافه وهو بهذا يريد الرجوع بالثمن على الامر وهذا ظاهر انتهى وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كان الثمن
منقودا الى المامور هو اى المامور امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية
علل فى الهداية فيما اذا لم يدفع الامر الثمن بان الوكيل اخبر بامر لا يملك استينافه وفيما اذا دفع بان الوكيل امين يريد
الخروج عن عهدة الامانة اقول كل واحد من التعليلين شامل للصورتين فلم يتم به الفرق بل لا بد من
انضمام امر آخر وهو ان فيما اذا لم يدفع الثمن يدعى المامور الثمن على الامر وهو ينكره فالقول للمنكر وفيما اذا دفع
الثمن يدعى الامر الثمن على المامور فالقول للمنكر الى هنا كلامه واقول ليس الامر كما زعم بل كل واحد من التعليلين
مخصوص بصورته اما الاول فلان قول المص فيه وهو الرجوع بالثمن على الامر وهو ينكره والقول للمنكر لا يشمل
الصورة الثانية اذ الثمن فيها مقبوض الوكيل فلا يريد الرجوع به على الامر قطعا وقد التبس هذا القائل فى تحرير
حيث ذكر اول التعليل الاول وترك آخر الفارق بين الصورتين والعجب انه ضم الى ما ذكره ما هو فى معنى
ما تركه واما الثانى فلان الثمن ليس بمقبوضة الوكيل فى الصورة الاولى فلا يصح ان يقال انه امين يريد الخروج
عن عهدة الامانة فيقبل قوله كما لا يخفى ولو كان العبد حيا حين اختلفا فقال المامور اشتريته لك وقال
الامر اشتريته لنفسك ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل
قوله كما مر وان لم يكن اى الثمن منقودا فكذلك اى فالقول للمامور ايضا عند ابى يوسف ومحمد رح لانه يملك
استيناف الشراء اذ العبد حى والحى محل الشراء فيملك ان يشتريه فى الحال لاجل الامر فلا يتهم فى الاخبار عنه

اى عن الشراء لاجل الامر فان قيل ان وقع الشراء اولا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل حتى يملك استينافه اجيب بان تملك
استيناف الشراء دائر مع التصور فيملك ان يتفاسخ الوكيل الشراء مع بايعه ثم يشتريه لاجل الموكل كذا فى الشروح وعند ابى
حنيفة رحه القول قول الامر لانه اى لان الاخبار عن الشراء لاجل الامر موضع تهمة بان اشتراه لنفسه اى بان اشترى الوكيل
العبد لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر اى اراد ان يلزمها بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه اى الوكيل امين
فيه اى فى الثمن وهذا الوجه فيقبل قوله تبعا لذلك اى الخروج عن عهدة الامانة وكم من شئ يثبت تبعا ولا يثبت قصدا
ولا ثمن فى يده هنا اى لا ثمن فى يد الوكيل فيما اذا كان العبد حيا والثمن غير منقود حتى يكون امينا فيقبل قوله تبعا للخروج
عن عهدة الامانة فافترقا وان كان امره بشراء عبد بعينه يعنى اذا كان التوكيل بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حى
اى فى الحال ان العبد حى فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع اى هذا الوجه من وجوه هذه المسئلة
بالاجماع بين ائمتنا الثلثة لانه اى المامور اخبر عما يملك استينافه فى الحال ولا تهمة فيه اى فى اخباره عن ذلك لان الوكيل بشراء
شئ بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبته اى فى حال غيبة الموكل قيد به اذ فى حال حضرة الموكل يملك شراءه
لنفسه لانه يملك عزل نفسه حال الحضرة على ما مر اشار به الى قوله ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل
بخلاف غير المعين اى بخلاف ما اذا كان التوكيل بشراء عبد بغير عينه فاختلفا على ما ذكرنا ولابى حنيفة رح بعض به
ما ذكرناه فيما مر انفا من جانب ابى ح وهو قوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر اقول
لقائل ان يقول التهمة متحققة فى صورة المعين ايضا بان اشتراه لنفسه لكن لا على وجه الموافقة للامر بل على وجه المخالفة له
كان اشتراه بخلاف جنس الثمن المسمى او بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشتراه الثانى بغيبة الاول ثم لما راى الصفقة
خاسرة قال للامر اشتريته لك بمثل الثمن المسمى والوكيل بشراء شئ بعينه انما لا يملك شراءه لنفسه على وجه الموافقة للامر واما على
وجه المخالفة باحد الوجوه الثلثة المذكورة فيملكه قطعا على ما مر فى محله فما الدافع لهذه التهمة على قول ابى ح رحه ثم اقول
فى الجواب عنه ان احتمال ان اشتراه لنفسه شبهة وكذلك احتمال ان اشتراه لنفسه على وجه المخالفة لا على وجه الموافقة شبهة
وقد تقرر عندهم ان الشبهة تعتبر وشبهة الشبهة لا تعتبر والتهمة فى صورة غير صورة غير المعين نفس الشبهة وفى صورة
المعين شبهة الشبهة فاعتبرت فى الاولى ولم تعتبر فى الثانية قال صاحب النهاية والكفاية فان قيل الولى اذا اقر بتزويج
الصغيرة لا يقبل عند ابى حنيفة مع انه يملك استينافه فى النكاح فى الحال قلنا قوله يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا
تهمة فيه وقع على قول ابى ح فكان فى هذه المسئلة اتفاق الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استينافه على قول
ابى ح لم يرد الاشكال على قوله ونقول لو كان فى تزويج الصغيرة اخبارا عند حضور شاهدين يقبل قوله عنده ايضا فكان
ذلك انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال الا انه انما لا يقبل هناك اقراره بتزويج الصغيرة عند عدم الشاهدين لانه
لا يتصور انشاؤه بها لعدم الشهود فكان لا يملك استينافه فاطرد الجواب عنده فى المسئلتين انتهى كلامهما وقال
صاحب غاية البيان فان قلت الاصل فى الدلايل الاطراد وهذا لا يطرد على اصل ابى حنيفة لان الاب اذا اقر على الصغير
والصغيرة بالنكاح لم يصح الاقرار الا ببينة وكذا وكيل الزوج او الزوجة ومولى العبد اذا اقر بالنكاح لا يصح الا

ببينة عند ابى حنيفة خلافا لصاحبيه مع ان المقر يملك استيناف العقد قلت لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل
يملك مقيدا بحال حضرة الشهود ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يكن الانشاء بلا شهود وهذا هو الجواب
الثانى وقول بعض الشارحين ان قوله يملك استينافه وقع على قولهما وقوله ولا تهمة فيه وقع على قول ابى حنيفة بعيد عن
التحقيق لان المجموع دليل ابى حنيفة لا قولهما ولا تهمة فيه وحده انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال
وفى قوله لا نسلم انه يملك استينافه العقد مطلقا بل يملكه مقيدا بحث فان تملك الاستيناف دائر مع التصور
كما ذكروا انتهى اقول هذا ساقط جدا لان مرادهم بالدوران مع التصور الامكان الشرعى وما لم يحضر الشهود لم
يمكن انشاء النكاح شرعا وقد افصح عنه صاحب النهاية والكفاية حيث قالا لانه لا يتصور انشاء شرعا الا بالشهود
وافصح عنه صاحب الغاية ايضا حيث قال ولم يكن شهود النكاح حضورا وقت الاقرار فلم يمكن الانشاء بلا شهود فيكون
تملك الاستيناف دائرا مع التصور لا يقدح اصلا فى قول صاحب الغاية لا نسلم انه يملك استيناف العقد مطلقا بل يملكه
مقيدا بحال حضرة الشهود ثم اعلم ان هذه المسئلة على ثمانية اوجه كما صرح به فى الكافى وغيره لانه اما ان يكون
التوكيل بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما ان يكون الثمن منقودا او غير منقود وكل ذلك
على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اختلفا او هالكا وقد ذكر ستة اوجه منها فى الكتاب مدللا ومفصلا
كما عرفت فبقى منها وجهان وهما ان يكون التوكيل بشراء عبد بعينه ويكون العبد هالكا والثمن منقودا او غير منقود وقد
ذكرهما مع دليلهما صاحب الغاية حيث قال فى تعميم التوكيل بشراء عبد بعينه وان كان العبد هالكا والثمن منقودا
فالقول للمأمور لانه امين يريد الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك
استينافه ويريد بذلك الرجوع على الآمر وهو منكر فالقول له انتهى اقول دليل الوجه الاخير منهما محل اشكال فانه
وان كان منكرا لاشتراء المأمور للآمر لكنه معترف باشترائه لنفسه حيث قال للمأمور بل اشتريته لنفسك وقد
تقرر ان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن بل يقع الشراء للموكل البتة فينبغى ان لا يكون لانكار
الآمر شراء المأمور للآمر حكم فى هذا الوجه ايضا فتأمل ومن قال لآخر بعنى هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر اى المشترى
ان يكون فلان امره فان فلانا يأخذه يعنى ان لفلان ولاية اخذه من المشترى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير
قال المص فى تعليلها لان قوله السابق اى قول المشترى السابق وهو قوله لفلان اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه
الانكار اللاحق لان الاقرار بالشىء لا يبطل بالانكار اللاحق فان قيل قوله لفلان ليس بنص فى الوكالة بل يحتمل ان يكون
معناه لشفاعة فلان كما قال محمد رح فى كتاب الشفعة لو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم الشفعة فقال الشفيع
سلمتها لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك والاحتمال المذكور خلاف الظاهر
لا يصار اليه الا بقرينة وسؤال التسليم من الاجنبى قرينة فى مسئلة الشفعة ولهذا لو قال الشفيع ذلك بغير سبق سؤال
التسليم لا يصح التسليم وليست القرينة بموجودة فيما نحن فيه كذا فى الفوائد الظهيرية وذكر فى الشروح فان قال فلان
لم آمره بذلك ثم بدا له ان يأخذه لم يكن له اى لم يكن له على العبد سبيل لان الاقرار اى اقرار المشترى ارتد برده اى برد فلان

فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه الا ان يسلمه المشترى له
روى لفظ المشترى بروايتين بكسر الراء وفتحها فعلى الكسر يكون المشترى فاعلا وقوله له اى لاجله ويكون المفعول الثانى
محذوفا وهو اليه فالمعنى الا ان يسلم الفضولى العبد الذى اشتراه لاجل فلان اليه وعلى الفتح يكون المشترى له مفعولا
ثانيا بدون حرف الجر وهو فلان ويكون الفاعل ضمير البيع والى المشترى فالمعنى الا ان يسلم الفضولى العبد الى المشترى له
وهو فلان ثم ان هذا الاستثناء من قوله لم يكن له اى لم يكن لفلان الا فى صورة التسليم اليه فاما فى صورة التسليم اليه فله اخذه
فلا تمالو قال اجزت بعد قوله لم آمره به لم يعتبر ذلك فيكون العبد للمشترى لان الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهنا
عقد جائز نافذ على المشترى كذا ذكره شمس الائمة السرخسى فى شرح الجامع الصغير فيكون بيعا اى فيكون بتسليم العبد بيعا
مبتداء وعليه العهدة اى على فلان عهدة الاخذ بتسليم الثمن كذا فسر فخر الاسلام البزدوى وفخر الدين قاضى خان
ويدل عليه قوله لانه صار مشتريا بالتعاطى كما لا يخفى كمن اشترى لغيره اى كالفضولى الذى اشترى لغيره بغير امره حيث لزمه
اى لزم العقد المشترى ثم سلم المشترى له حيث كان بيعا بالتعاطى قال فخر الاسلام وغيره فى شروح الجامع الصغير
وثبت بهذا ان بيع التعاطى كما يكون بالاخذ والاعطاء فقد ينعقد بالتسليم على جهة البيع والتمليك وان كان الاخذ بلا
اعطاء الثمن وثبت به ان النفيس من الاموال والخسيس فى بيع التعاطى سواء واشار المص الى ما قاله هؤلاء المشايخ
بقوله ودلت المسئلة اى دلت هذه المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفى للتعاطى وان لم يوجد نقد الثمن وهو
اى البيع بالتعاطى يتحقق فى النفيس والخسيس اى فى نفيس الاموال وخسيسها لاستتمام التراضى اى لاستتمام
التراضى فى كل واحد منهما وهو المعتبر فى الباب اى التراضى هو المعتبر فى باب البيع لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض
فلما وجد التراضى فى النفيس والخسيس انعقد البيع بالتعاطى فيهما خلافا لما نقل عن الكرخى ان البيع بالتعاطى لا ينعقد الا
فى الاشياء الخسيسة وقد مر ذلك فى اول كتاب البيوع قال اى محمد رح فى الجامع الصغير ومن امر رجلا ان يشترى له
عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان التوكيل مطلق يعنى ان التوكيل مطلق عن قيد الشراء بهما
متفرقين او مجتمعين فيجرى على اطلاقه ولا يتفق الجمع بينهما اى بين العبدين فى البيع فوجب ان ينفذ على الموكل
الا فيما لا يتغابن الناس فيه استثناء من قوله جاز اى جاز اشتراء احدهما الا فيما لا يتغابن فيه فانه لا يجوز فيه لانه
اى لان التوكيل المذكور توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاجماع بخلاف التوكيل بالبيع فان ابا حنيفة يجوز البيع
من الوكيل بالغبن الفاحش وهذا كله بالاجماع اى ما ذكر فى هذه المسئلة كله بالاجماع وهو احتراز عما ذكرناه من التوكيل
بالبيع وعن التوكيل بشراء العبدين باعيانهما فقد سمى له ثمنهما وهى المسئلة الثانية ولو امره ان يشتريهما بالف اى لو امر رجل
بان يشترى العبدين بالالف وقيمتهما سواء اى والحال ان قيمتهما سواء فعند ابى حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل
جاز اى جاز الشراء ووقع عن الموكل وان اشترى باكثر قلت الزيادة او كثرت لم يلزم الآمر بل يقع عن الوكيل لانه اى الآمر
قابل الالف بهما اى بالعبدين وقيمتهما سواء فيقسم اى الالف بينهما نصفين دلالة اى من حيث الدلالة
ويعمل بها عند عدم التصريح فكان امرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بهما اى بخمسمائة موافقة لامر الآمر

الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز

وباقل منها اى الشراء باقل من خمسمائة مخالفة الى خير فيجوز وبالزيادة الى شراء اى الشراء بالزيادة مخالفة الى شر

قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز قال الفقيه ابو الليث فى شرح الجامع الصغير احتمل ان المسئلة لا اختلاف

فيها لان ابح رح انما قال لم يجز شراؤه على الآمر اذا زاد زيادة لا يتغابن الناس فى مثلها وابو يوسف ومحمد قالا

فى الذى يتغابن الناس فى مثله ان يلزم الآمر فاذا حملت على هذا الوجه لا يكون فى المسئلة اختلاف واحتمل ان

المسئلة فيها اختلاف فى قول ابح رح اذا زاد على خمسمائة قليلا او كثيرا لا يجوز على الآمر وفى قولهما يجوز اذا

كانت الزيادة قليلة انتهى كلامه وقال شيخ الاسلام ان بعض مشايخنا قالوا ليس فى المسئلة اختلاف فى الحقيقة

فان قول ابح رح محمول على ما اذا كانت الزيادة كثيرة بحيث لا يتغابن الناس فى مثلها فاذا كانت قليلة بحيث يتغابن

الناس فى مثلها يجوز عندهم جميعا لانه لا تسمية فى حق هذا الواحد فهو كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسم ثمنا

فاشتراه باكثر من قيمته بما يتغابن الناس فى مثله جاز كذا ههنا ثم قال الظاهر ان المسئلة على الاختلاف

فانه اطلق الجواب على قول ابح رح وفصله على قولهما انتهى والمص اختار ما ذهب اليه شيخ الاسلام حيث قال

وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشترى الباقى ببقية الالف قبل ان يختصما فيجوز

حينئذ ويلزم الآمر استحسانا قيد به لان جواب القياس ان لا يلزم الآمر لثبوت المخالفة وبه اخذ مالك والشافعى

واحمد رحمهم الله وجه الاستحسان ما ذكره بقوله لان شراء الاول قائم يعنى ان شراء العبد الاول قائم لم يتغير حاله

بالخصومة وقد حصل غرضه المصرح به اى وقد حصل عند اشتراء الباقى غرض الآمر الذى صرح به وهو

تحصيل العبدين بالف وما ثبت الانقسام اى لم يثبت الا دلالة والصريح يفوقها اى يفوق الدلالة يعنى ان الانقسام

بالسوية انما كان ثابتا بطريق الدلالة واذا جاء الصريح وامكن العمل به بطلت الدلالة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله

ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقى اى والحال انه قد بقى من الالف ما يشترى بمثله

الباقى جاز ولزم الآمر لان التوكيل مطلق اى غير مقيد بخمسمائة لكنه يتقيد بالمتعارف وهو اى المتعارف فيما قلنا

اى فيما يتغابن الناس فيه ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقى من العبدين ليمكنه اى ليمكن

المأمور تحصيل غرض الآمر وهو تملك العبدين معا قال اى محمد رح فى الجامع الصغير ومن له على آخر الف فامره

الآخر ان يشترى بها اى بتلك الالف هذا العبد يعنى العبد المعين فاشتراه جاز ولزم الآمر قبضه او مات

قبله عند المأمور لان فى تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكر ان شاء الله تعالى عن قريب انتهى ما

سنذكره بقوله بخلاف ما اذا عين البائع الخ ولو امره ان يشترى بها اى بالالف التى عليه عبدا بغير عينه فاشتراه

فمات فى يده اى فمات العبد فى يد المشترى قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشترى والالف عليه وان قبضه الآمر

فهو اى العبد له اى للآمر وهذا عند ابح رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو اى العبد لازم للآمر اذا قبضه

المأمور سواء قبضه الآمر او مات فى يد المأمور قال المص وعلى هذا اى على هذا التفصيل اذا امره اى اذا امر من عليه

الدين ان يسلم ما عليه اى بعقد عقد التسليم او يصرف ما عليه اى او يعقد عقد الصرف فانه من السلم اليه وقد

ومن يعقد به عقد الصرف فصح بالاتفاق والا ففيه الاختلاف قال الشراح وانما خصهما بالذكر لدفع ما عسى يتوهم

ان التوكيل فيهما لا يجوز لاشتراط القبض فى المجلس اقول فيه نظر اذ قد سبق فى اوائل هذا الفصل مسئلة جواز التوكيل

بعقد الصرف والسلم مدللة ومفصلة مع التعرض باحوال القبض مستوفى فكيف يتوهم بعد ذلك عدم جواز التوكيل

فيهما وهل يليق بشأن المص دفع مثل ذلك التوهم فالحق عندى ان تخصيصهما بالذكر انما هو لازالة ما يتردد فى الذهن

من ان التفصيل المذكور هل هو جار بعينه فى بابى السلم والصرف ايضا ام لا بناء على ان لهما شانا مخصوصا فى بعض الاحكام

فتوله هذا على نهج قوله فيما مر فى آخر مسئلة التوكيل بشراء شئ بغير عينه والتوكيل بالاسلام فى الطعام على هذه الوجوه

لهما اى لابى يوسف ومحمد رحمهما الله ان الدراهم والدنانير لا تتعينان فى المعاوضات دينا كانت او عينا يعنى سواء

كانت الدراهم والدنانير دينا ثابتا فى الذمة او عينا غير ثابت فى الذمة ونورد لك بقوله الا يرى انه لو تبايعا عينا

بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد ويجب مثل وكل ما لا يتعين بالتعيين كان الاطلاق والتقييد فيه سواء

فصار الاطلاق بان قال بالف ولم يضف الى ما عليه والتقييد بان اضافه الى ما عليه فيه اى فى العقد المذكور سواء فيصح

التوكيل ويلزم الآمر اى ويلزم العقد الآمر وصار كما لو قال تصدق بمالى عليك على المساكين فانه يجوز ولابى ح رح

انها اى الدراهم والدنانير تتعين فى الوكالات قال صاحب النهاية لكن هذا على قول بعض المشايخ بعد التسليم الى الوكيل

واما قبل التسليم اليه فلا تتعين فى الوكالات ايضا بالاجماع لانه ذكر فى الذخيرة وقال محمد رح فى الزيادات رجل

قال لغيره اشتر لى بهذه الالف الدرهم جارية واراه الدراهم فلم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل

جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال والاصل ان الدراهم والدنانير لا تتعينان فى الوكالة قبل التسليم بالاجماع لان

الوكالات وسيلة الى الشراء فتعتبر بنفس الشراء والدراهم والدنانير لا تتعينان فى الشراء قبل التسليم فكذا فيما

هو وسيلة الى الشراء واما بعد التسليم الى الوكيل هل تتعين اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا تتعين حتى تبطل الوكالة

بهلاكها لما ذكرنا ان الوكالة وسيلة الى الشراء والدراهم والدنانير تتعينان فى الشراء بعد التسليم فكذا فيما هو

وسيلة اليه ولان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير تتعينان فى الامانات وعامتهم على انها لا تتعين

وفائدة النقد والتسليم على قول عامة المشايخ شيئان احدهما توقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم

المنقود فان العرف الظاهر فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراء ما دامت

الدراهم فى يد الوكيل والثانى قطع رجوع الوكيل عن الموكل فيما وجب للوكيل على الموكل وهذا لان شراء الوكيل

يوجب شيئين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل الى ههنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية

بعد نقل ما فى النهاية بنوع اجمال ولقائل ان يقول فعلى هذا فى كلام المص نظر لانه اثبت قول ابح رح

بقول بعض المشايخ فلعله اعتماد فى ذلك كان على ما نقل محمد فى الزيادات من التقييد بعد التسليم انتهى

اقول ليس السؤال بشئ ولا الجواب اما الاول فلان بعض المشايخ الذين حدثوا بعد ابح رح لم يقولوا ما ذهبوا

اليه من تعيين النقود فى بعد التسليم الى التوكيل باجتهادهم من عند انفسهم بل بتخريجهم اياه

[illegible]

من اصل البحث كما هو حال اصحاب التخريج في كثير من المسائل فكان ما ذكره المص هنا من قبيل اثبات قول البحث بالكلية
على تخريج بعض المشايخ وامثال هذا اكثر من ان يحصى واما الثاني فلان حاصله ان المص اخذ ما ذكره هنا من مفهوم
قول محمد في الزيادات فلم يسلمها الى الوكيل فيرد عليه ان محمدا لم يذكر الخلاف هناك فان لم يكن ما ذكره على قول نفسه
فقط فلا اقل من ان يكون ذلك مما قال به ايضا فلو عمل بمفهوم القيد المذكور لزم ان يكون المشترى للوكيل عند محمد
فيما اذا سلم الموكل الدراهم الى الوكيل وقال له اشتر لي بها فاشتراه وقبضه فهلك في يده قبل ان يقبضه الآمر مع انه
قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف بخلافه كما صرح به قاطبة وذكر في مسئلة الكتاب واورد بعض الفضلاء على الجواب
المذكور بوجه آخر حيث قال فيه نظر اذ لا ينفصل ما في الكتاب بين ما قبل القبض وما بعده كما مر انتهى اقول هو مدفوع بحمل
اطلاق ما في الكتاب على ما هو المقيد في كلام الثقات اذ تقرر في الاصول ان المطلق والمقيد اذا وردا واتحد الحكم والحادثة
يحمل المطلق على المقيد وههنا كذلك فتدبر الا ترى تنويرية تعين الدراهم والدنانير في الوكالة انه اى الامر وقيد
الوكالة بالعين منها اى من الدراهم والدنانير او بالدين منها ثم استهلك اى الامر او الوكيل العين كذا في معراج الدراية
ويجوز ان يكون استهلك على بناء المفعول او اسقط اى الموكل الدين بان ابرأ عن الدين بعد التوكيل كذا في معراج
الدراية ايضا ويجوز فيه ايضا بناء المفعول بطلت الوكالة جواب لو قيد الوكالة ونقل الناطفي في الاجناس عن الاصل
ان الوكيل بالشراء اذا قبض الدنانير من الموكل وقد امره ان يشتري بها طعاما فاشترى بدنانير غيرها ثم نقد دنانير
الموكل فالطعام للوكيل وهو ضامن لدنانير الموكل ثم قال فهذه المسئلة تدل على ان الدراهم والدنانير يتعينان في الوكالة
قال صاحب النهاية انما قيد يعني المص بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك
والدليل على هذا ما ذكره الامام قاضي خان في السلم من بيوع فتاواه فقال رجل دفع الى رجل عشرة دراهم ليشتري بها ثوبا
فسماه فانفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل واشترى ثوبا للآمر بدراهم نفسه فان الثوب للمشتري لا للآمر لان
الوكالة تقيدت بتلك الدراهم فبطلت الوكالة بهلاكها ولو اشترى ثوبا للآمر ونقد الثمن من مال نفسه وامسك دراهم
الآمر كان الثوب للآمر ويطيب له دراهم الموكل استحسانا كالوارث او الوصي اذا قضى دين الميت بمال نفسه انتهى كلامه
اقول دلالة ما نقل عن الامام قاضي خان على ان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك ممنوعة غاية الامر انه مورد
المسئلة فيما انفق الوكيل على نفسه دراهم الموكل ولا يلزم منه ان لا يكون الحكم كذلك فيما اذا هلكت دراهم الموكل بغير صنع الوكيل
الا ترى انه قال فبطلت الوكالة بهلاكها ولم يقل باستهلاكها ولو كان مراده الفرق بين الاستهلاك والهلاك لما قال كذلك
وقال صاحب غاية البيان قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك
دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل
بالشراء بطلت الوكالة فاقول كان المص قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم
المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم انتهى كلامه وقال صاحب العناية ثم قال صاحب النهاية انما قيد
بالاستهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص به ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسئلة تدل على ذلك ورد بانه

مخالف

مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت
الوكالة بل انما قيد المص بذلك لئلا يتوهم ان الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن
الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كان عينها باقية فذكر الاستهلاك لبيان تساويهما في بطلان الوكالة بهما انتهى
اقول حاصل ما ذكره ما قاله صاحب الغاية خلا قوله ونقل من كل من الذخيرة وفتاوى قاضي خان مسئلة تدل على ذلك وانه
ليس بسديد اذ لم نجد في نسخ الهداية ههنا مسئلة منقولة عن الذخيرة تدل على ذلك بل المذكور فيها ههنا انما هي مسئلة
فتاوى قاضي خان كما نقلناه فيما قبل واذا تعينت اى الدراهم والدنانير وهذا من تتمة الدليل وتقريره ان الدراهم
والدنانير يتعينان في الوكالات واذا تعينت كان هذا اى التوكيل المذكور تمليك الدين من غير من عليه الدين
من غير ان يوكله اى ذلك الغير بقبضه اى بقبض الدين وذلك اى تمليك الدين على الوجه المزبور لا يجوز لعدم القدرة
على التسليم كما اذا اشترى بدين على غير المشتري بان كان لزيد على عمرو مثلا دين فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك
الدين الذي له على عمرو فانه لا يجوز فكان تقديره كما اذا اشترى المشتري بدين على غير نفسه كذا في النهاية وعليه
اكثر الشراح وقال تاج الشريعة في شرح هذا المقام اى كما اذا اشترى هذا المأمور بدين هو حق الآمر على غير هذا
المأمور انتهى ووافقه صاحب العناية حيث قال يعني كما اذا اشترى الوكيل بدين على غيره كما اذا امر زيد مثلا ان
يشتري بدين لزيد على عمرو شيئا من آخر فانه لا يجوز لكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين فكذا فيما نحن فيه
انتهى وبين المعنيين تغاير لا يخفى او يكون امرا بصرف اى بدفع ما لا يملكه الا بالقبض قبله اى قبل القبض متعلق
بصرف وهذه الجملة عطف على قوله كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين والمعنى او يكون التوكيل المذكور
امرا من رب الدين للمديون بدفع ما لا يملكه رب الدين الا بالقبض قبل القبض وذلك لان الديون تقضى بامثالها
فكان ما ادى المديون الى البائع او الى رب الدين ملك المديون ولا يملكه الداين قبل القبض وذلك
باطل اى الانسان بدفع ما لا يملكه باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فانه باطل لانه امر بصرف
ما لا يملكه الامر الا بالقبض الحسي بخلاف المديون بنفسه بخلاف ما اذا عين البائع يعني بخلاف ما اذا كان
الموكل عين البائع فان التوكيل صحيح هناك لانه اى البائع يصير اولا وكيلا عنه اى عن الموكل في القبض
تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان ثم يتملكه البائع فيصير قابضا لرب الدين اولا ثم يصير قابضا لنفسه كما لو
وهب دينه على غيره ووكل الموهوب له بقبضه وكذا اذا عين المبيع لان في تعيين المبيع تعيين البائع
كما مر في صدر المسئلة فصار كما لو عين البائع ومتى ابهم المبيع او البائع يكون البائع مجهولا والمجهول
لا يصلح وكيلا قيل يشكل بما لو اجر حماما باجارة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة فانه يجوز وان
كان هذا امرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله بقبضه لان الاجير مجهول
وتوكيل المجهول لا يصح واجيب بان قولهما وان كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر
لا يجد الاجير في كل وقت فجعلنا الحمام قائما مقام الاجير في القبض كذا في الكفاية واعترض بانه لو اشترى شيئا

بدين على آخر ينبغي ان يجوز جعل البائع وكيلا بالقبض اولا لكونه معينا واجيب بان عدم الجواز ههنا لكونه
بيعا بشرط وهو اداء الثمن على الغير كذا في العناية وبعض الشروح اقول في هذا الجواب بحث اما اولا فلان
البائع لو جعل ههنا وكيلا بالقبض لم يكن العقد بيعا بشرط اداء الثمن على الغير بل يكون اداء الثمن على المشتري
بيد وكيله كما فيما اذا كان الموكل عين البائع واما ثانيا فلان النقود لما لم يتعين في المعاوضات لم يلزم
الاشتراط المذكور ههنا اصلا واما ثالثا فلانه لو كان عدم الجواز ههنا لكونه بيعا بشرط لا لكونه تمليك الدين
من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه لما كان لقول المص فيما مر آنفا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري
ارتباط بما قبله ولما كان لقول صاحب العناية في شرح ذلك فانه لا يجوز لذلك معنى فان امكن تخليص كلام المص بحمل
مراده بقوله كما اذا اشترى بدين على غير المشتري على المعنى الذي ذهب بعض الشراح دون المعنى الذي ذهب اليه اكثرهم
كما عرفته فيما قبل لا يمكن تخليص كلام صاحب العناية فانه ذهب الى ما ذهب اليه الاكثر فتامل واجيب عن الاعتراض
المذكور في بعض الشروح بوجه آخر ايضا وهو ان البائع لو صار وكيلا فانه يصير وكيلا في ضمن المبايعة ولا بد من ان
يثبت المتضمن ليثبت التضمن والمبايعة لم يثبت لما فيه من تمليك الدين من غير من عليه الدين فلا يثبت بخلاف ما نحن فيه
لان التوكيل بالقبض ثبت فيه بامر الآمر قصدا ما تقدم على الشراء وبخلاف ما اذا وهب الدين من غير من عليه الدين حيث تصح
الهبة ويثبت الامر من الواهب للموهوب له بالقبض في ضمن الهبة لان الملك يتوقف الى ان القبض فيكون التوكيل
بالقبض سابقا على التمليك معنى وبخلاف ما امره بالتصدق جواب عن قياسهما على الامر بالتصديق ولم يذكر في الكتاب
وقد ذكرناه في سياق دليلهما لانه اي الامر بالتصديق جعل المال لله تعالى ونصب الفقير وكيلا عن الله عز وجل في قبض
حقه كذا في الكافي وغيره وهو معلوم اي الله تبارك وتعالى معلوم فكان كالتعيين البائع في المسئلة الاولى
واما مسئلة التصادق في الشراء بان لا دين له عليه فلان الدراهم والدنانير لا تتعينان في الشراء عينا او دينا
ولكن تتعينان في الوكالات فلما لم تتعينا في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين كذا ذكره الامام المرغيناني و
المحبوبي وقاضي خان واذا لم يصح التوكيل رجوع الى اول البحث يعني لما ثبت بالدليل ان التوكيل بشراء عبد غير معين
لم يعلم بايعه غير صحيح نفذ الشراء على المامور فهلك من ماله يعني اذا هلك هلك من مال المامور الا اذا قبضه الآمر
منه فانه اذا هلك هلك من مال الآمر لانعقاد البيع بينهما تعاطيا فكان هالكا في ملك الامر قال الامام الزيلعي
في التبيين وذكر في النهاية ان النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة
وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزيه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قال ابو ح والتعليل الصحيح لهما ان هذا
او تمليك من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه امرا بالقبض ثم بالتمليك في الاسلام والشراء
والصرف فلا يجوز الى ههنا كلامه اقول فيه نظر اذ لا يلزمهما التعليل الذي ذكره ايضا اذ يجوز ان يقال من قبلهما ان عدم جواز تمليك الدين
من غير من عليه الدين لا يقتضي عدم صحة التوكيل بما نحن فيه فانه لما لم يتعين النقود في الوكالات ايضا لم يكن لتعيين الآمر
الالف التي على المامور تاثير فيما امره به من اشتراء عبد بل صح اشتراء المامور عبدا بالالف التي كانت فكان ذكر تلك الالف في التوكيل

لان توكيلا للمديون فلانا لم يكن تعينا للبيع الامر المجهول فكان توكيلا للمديون بالتمليك تم

بشراء

بشراء عبد له وعدم ذكرها فيه سواء فيصح التوكيل وقد اشار اليه المص في اثناء دليلهما حيث قال فكان الاطلاق والتقييد فيه
سواء فيصح التوكيل فلا بد في تمام التعليل من قبل ابي ح من المصير الى تعين النقود في الوكالات وان كان على قول بعض المشايخ
كما فعله المص فلله دره في تدقيقه وتحقيقه قال اي محمد في الجامع الصغير ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية
فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول قول المامور اي هذا لفظ الجامع الصغير قال
المص ومراده اي مراد محمد رح اذا كانت اي الجارية تساوي الفا يعني ان الحكم المذكور وهو كون القول قول المامور فيما
اذا كانت قيمة الجارية الفا لانه اي المامور امين فيه اي في الخصوص المزبور وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر
يدعي عليه ضمان خمس وهو اي المامور ينكر والقول قول المنكر فان كانت اي الجارية تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه
اي الوكيل خالف اي خالف الآمر الى شر حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والآمر امر بما يساوي الفا لا بما
فيه غبن فاحش فيضمن اي المامور لانه لا يملك ان يخالف الآمر الى خير ولا ان يشتري بغبن فاحش قال
اي محمد في الجامع الصغير وان لم يكن دفع اليه الالف واختلفا فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها اي قيمة الجارية
خمسمائة فللمخالفة ولتحقق الغبن الفاحش كما مر آنفا وان كانت قيمتها الفا فمعناه اي فمعنى قول محمد فالقول
قول الآمر انهما يتحالفان ويندفع به ما قيل في شروح الجامع الصغير ان الجارية اذا كانت تساوي الفا وجب ان يلزم
الآمر سواء قال المامور اشتريتها بالف او باقل منها لانه اذا اشتراها بالف كان موافقا للآمر وان اشتراها باقل منها
كان مخالفا الى خير وكل ذلك يلزم الآمر كذا في العناية وغيرها اقول بقي ههنا شيء وهو ان المذكور في قول محمد فالقول قول
الآمر والتحالف يخالفه فكيف يكون هذا معنى ذلك والجواب الذي اشار اليه المص في المسئلة الآتية بقوله وقد ذكر معظم
يمين التحالف وهو يمين البائع لا يتمشى ههنا كما لا يخفى على المتامل قال المص لان الموكل والوكيل في هذا اي في هذا الفصل
ينزلان منزلة البائع والمشتري للمبادلة الحكمية بينهما وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ يعني
فاذا تحالفا يفسخ العقد الذي جرى بينهما اي بين الموكل والوكيل وهو العقد الحكمي فتلزم الجارية المامور قيل ههنا
مطالبة وهي ان الوكيل اذا قبض الثمن فوقع الاختلاف اعتبر فيه المخالفة والامانة واذا لم يقبض اعتبر فيه المخالفة
والمبادلة فما الحكم في ذلك واجيب بان في الاول سبقت الامانة المبادلة والسبق من اسباب الترجيح فاعتبرت فيه
بخلاف الثاني قال اي محمد في الجامع الصغير ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه ووقع
الاختلاف في الثمن فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور اشتريته بالف وصدق البائع اي بائع العبد المامور
فالقول قول المامور مع يمينه الى ههنا لفظ الجامع الصغير قال المص قيل لا تحالف ههنا وهو قول الفقيه ابي جعفر
الهندواني لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو اي البائع حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد
ولو انشاء العقد لزم الآمر كذا ههنا وفي المسئلة الاولى هو اي البائع غائب فاعتبر الاختلاف لعدم ما يرفعه
ووجب التحالف وقيل يتحالفان في هذه المسئلة ايضا وهو قول الشيخ ابي منصور الماتريدي كما ذكرنا في المسئلة
الاولى لانهما ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف والاستشهاد

ان يقال كيف قيل انهما يتحالفان وقد نص محمد في الجامع الصغير ان القول قول المأمور مع يمينه والتحالف يخالفه
اجاب بقوله وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو يمين البائع يعني ان محمدا اكتفى بذكر معظم اليمين من يمين التحالف
وهو يمين البائع اي المأمور لانه بمنزلة البائع في العقد الذي جرى بينه وبين الآمر حكما وانما قال ان يمين البائع
الذي هو المأمور معظم يميني التحالف لانه مدعي هنا ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف واما المشتري وهو الآمر
فمنكر وعلى اليمين في كل حال فلما كان يمين المأمور هو المختص بالتحالف كانت اعظم اليمينين ثم اذا وجب اليمين على
المأمور وهو المدعي فلان يجب على الآمر وهو المنكر اولى كذا في الشروح وقال الامام الزيلعي في التبيين بعد ما
تبين المقام على هذا النمط هكذا ذكر المشايخ الا ان فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى
لكن لفظه لا يدل على ذلك فان قوله ان القول قول المأمور مع يمينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قال وفي التحالف
لا يصدق واحد منهما فلو كان مراده التحالف لما قال ذلك انتهى كلامه فتامل والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما
هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر يعني ان بائع العبد بعد استيفاء
الثمن اجنبي عن الموكل والوكيل معا وقبله اي قبل استيفاء الثمن اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما اي بين البائع والموكل بيع
فلم يكن كلامه معتبرا فلا يصدق عليه اي على الموكل فبقي الخلاف اي بين الآمر والمأمور فلزم التحالف قال المص وهذا
اي القول بالتحالف قول الامام ابي منصور رح وهو اظهر وقال صاحب الكافي وهو الصحيح ولكن جعل الامام قاضيخان
في شرح الجامع الصغير قول الفقيه ابي جعفر اصح قال الامام المحبوبي في شرح الجامع الصغير بعد هذا هذا اذا تصادقا
على الثمن عند التوكيل واما اذا اختلفا فقال الوكيل امرتني بالشراء بالف وقال الموكل لا بل بخمسمائة فالقول قول الآمر مع يمينه
ويلزم العبد الوكيل لان الآمر يستفاد من جهته فكان القول قوله فلو اقاما البينة فبينة الوكيل اولى لما فيها من زيادة
الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول يرد على ظاهره ان وضع هذه المسئلة فيما اذا لم يسم عند التوكيل الثمن
للعبد فكيف يصح ان يقول الامام المحبوبي بعد ذلك هذا اذا تصادقا على الثمن ويمكن الجواب بان التصادق في الثمن
خلاف التحالف فيه فيتصور بان يتصادقا على تسمية الثمن المعين وبان يتصادقا على عدم تسمية الثمن اصلا فالجملة
يجوز ان يكون التصادق على الثمن من حيث تسمية الثمن ومن حيث تسميته والثاني هو المراد في قول الامام المحبوبي

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

لما كان شراء العبد نفسه من مولاه اعتاقا على المال كان من
مسائل فصل التوكيل بالشراء لكنه شراء صورة فناسب ان يذكر في فصل على حدة كذا في العناية وكثير من الشروح وتشكل
بعض الفضلاء بان الكلام لا يتناول الا المسئلة الاولى اذ فيها الشراء وكالة والا فالثانية لا غير فيحتاج الى ان
يكون تقدير الكلام في قوله لم يكن من مسائل لم يكن التوكيل به من مسائل الخ انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ المراد
بالشراء ما هو اعم للشراء وكالة وللشراء اصالة فيتناول الكلام المسئلتين معا واما الاحتياج الى ان يكون تقدير
الكلام لم يكن التوكيل به من مسائل فصل التوكيل بالشراء فامر ضروري على كل حال لان المحذور ان لا يكون التوكيل به
من مسائل فصل التوكيل بالشراء لا ان يكون نفس شراء العبد نفسه من مسائل ذلك اذ نفس الشراء

مطلقا

مطلقا ليس من مسائل التوكيل بالشراء قطعا ثم اقول في استشكاله ما في الشروح التوجيه الذي ذكروه لا
يتناول المسئلة الثانية بل انما يتمشى في المسئلة الاولى لان شراء العبد نفسه من مولاه انما يصير اعتاقا على
مال ان لو كان شراؤه نفسه من مولاه لنفسه واما اذا كان لغيره فلا والتوكيل في المسئلة الثانية انما هو بشراء
العبد نفسه من مولاه للموكل فان وافق العبد امر الآمر فشراؤه ليس باعتاق على مال ولا بمعنى بل هو شراء محض
وان خالف امره فيكون فصل التوكيل بالشراء اذ المسئلة لا تتغير عن وصفها بمخالفة المأمور لامر الآمر كما في كثير
من مسائل هذا الفصل وغيره واما التوكيل في المسئلة الاولى فانما هو بشراء رجل نفس العبد للموكل من مولا
لذلك العبد فان وافق وكيله امره فاشترى نفسه من مولاه له يصير ذلك الشراء اعتاقا على مال الا بمعنى وان
كان شراء صورة فيجري التوجيه المذكور في هذه المسئلة وان الآخر فكان قاصرا قال في النهاية ومعراج
الدراية ثم اذا الالف واللام في قول المص في التوكيل بشراء نفس العبد بدل الاضافة وتلك الاضافة اضافة المصدر
الى الفاعل هو العبد بالنظر الى المسئلة الاولى اي توكيل العبد الاجنبي بشراء نفسه والاجنبي بالنظر الى
المسئلة الثانية اي توكيل الاجنبي العبد بشراء نفسه انتهى وقال في العناية والتوكيل بشراء نفس العبد
من مولاه على وجهين ان يوكل العبد رجلا ليشتريه من مولاه وهو المسئلة الاولى وان يوكل العبد رجل
ليشتري نفسه مولاه فالعبد في الاول موكل وفي الثاني وكيل وكلام المص يتناولهما بجعل الالف واللام
بدلا من المضاف اليه وجعل المصدر مضافا الى الفاعل او المفعول وذكر احدهما متروك مثل ان يقول
في توكيل العبد رجلا وتوكيل العبد رجل انتهى اقول تناول قول المص فصل في التوكيل بشراء نفس العبد
المسئلتين على كلا التقديرين انما يكون على سبيل البدل وفي ذلك تعسف لا يخفى فالاوجه ان يقدر
كل واحد من المضاف اليه والمتروك امرا عاما مثل ان يقول فصل في توكيل احد آخر بشراء نفس العبد ليتناول
عنوان هذا الفصل كل واحدة من المسئلتين المذكورتين فيه على سبيل الشمول لا على سبيل البدل قال
اي محمد في الجامع الصغير واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من المولى اي من مولاي بالف ودفعها اي دفع
العبد الالف اليه اي الى الرجل الذي وكله فان قال الرجل اي الوكيل للمولى اشتريته اي العبد لنفسه
اي لنفس العبد فباعه على هذا اي فباع المولى ذلك العبد على هذا الوجه فهو حر اي فذلك العبد حر يعني
صار حرا والولاء للمولى اي وولاء ذلك العبد للمولى لان بيع نفس العبد منه اي من العبد اعتاق اي
اعتاق على مال والاعتاق على المال يتوقف على وجود القبول من المعتق وقد وجد [illegible] اليه
بقوله وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه اي عن العبد حيث اضاف العقد
اليه اذ لا يرجع اليه الحقوق اي لا يرجع الى المأمور حقوق العقد لانه متى اضاف العقد الى العبد فقد جعل
نفسه رسولا ولا عهدة على الرسول واذا كان كذلك فصار كانه اي العبد اشترى نفسه بنفسه اي بلا واسطة
واذا كان اعتاقا اي واذا كان بيع نفس العبد من العبد اعتاقا فالذي للعبد اعقب الولاء اي اعقب الولاء

للمعتق فثبت ان العبد في هذه الصورة صار حرا وكان ولاءه لمولاه وان لم يعين للمولى اى ان لم يقل الوكيل
اشتريت العبد لنفس العبد فهو عبد المشتري يعني صار ملكا له لان اللفظ اى لان قوله اشتريت عبدك
بكذا حقيقة للمعاوضة اى موضوع للمعاوضة دون الاعتاق وامكن العمل بها يعني ان الحقيقة يجب العمل بها
مهما امكن وقد امكن العمل بها اذا لم يبين اى اذا لم يعين فلم يقل اشتريت عبدك لاجل نفسه فيحافظ عليها اى
فيحافظ اللفظ على الحقيقة فان قيل لا نسلم ان العمل بالحقيقة ممكن هنا لانه توكيل بشراء شيء بعينه فليس للوكيل
ان يشتريه لنفسه قلنا قد اتى الوكيل هنا بجنس تصرف آخر لان ما وكل به كان من جنس الاعتاق على الولاء والذي اتى به
انما هو من جنس الشراء المحض فكان مخالفا للامر فينفذ عليه وسيجئ الاشارة من المص الى نظير هذا في المسئلة الثانية
بخلاف شراء العبد نفسه حيث يجعل للاعتاق لتعذر العمل بالحقيقة لان المجاز وهو كون الشراء استعارة للاعتاق
فيه اى في شراء العبد نفسه متعين لان العبد ليس باهل ان يملك مالا فصار شراؤه نفسه مجازا عن الاعتاق ولان نفس
العبد ليست بمال في حقه حتى يملك نفسه ثم يعتق لانه ادمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص عليه باقراره
والمال غير الادمي خلق لمصالح الادمي فلم يمكن العمل بالمعاوضة فجعل مجازا عن الاعتاق والمجوز معنى ازالة الملك
فان البيع يزيل الملك بعوض الى آخر والاعتاق يزيله لا الى آخر واذا كان معاوضة يعني فاذا كان العقد معاوضة
فيما اذا لم يعين المولى ثبت الملك له اى للمشتري والالف للمولى اى والالف التى دفعها العبد الى المشتري حين وكله يكون
للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف مثله اى مثل ذلك الالف ثمنا للعبد قوله ثمنا نصب على التمييز اى من جهة انه
ثمن للعبد فانه اى الثمن في ذمته اى في ذمة المشتري حيث لم يصح الاداء لان المشتري ادى تلك الالف الى الموكل
من كسب عبده وكسبه ملك المولى فلا يقع ثمنا قال في النهاية وهذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع
الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وفيما اذا بين
الوكيل للمولى ان يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى
فلا يصلح بدلا عن ملكه انتهى وقال في العناية بعد نقل ذلك عن النهاية قلت وفي كلام المص ما يشير اليه فانه جعل
شراء نفسه قبولا للاعتاق ببدل فلو لم يجب عليه الف اخرى كان اعتاقا بلا بدل انتهى فتامل بخلاف الوكيل بشراء العبد
من غيره اى من غير العبد بان يوكل اجنبي اجنبيا بشراء العبد من مولاه حيث لا يشترط بيانه اى بيان الشراء يعني لا
يشترط على الوكيل ان يقول وقت الشراء اشتريته لموكلي في وقوع الشراء للموكل لان العقدين يعني الذي يقع له والذي
يقع للموكل هنالك اى في تلك الصورة على نمط واحد اى على نوع واحد وهو المبايعة والنمط النوع والطريقة ايضا وفي
الحالين اى حال الاضافة الى نفسه وحال الاضافة الى موكله المطالبة تتوجه نحو العاقد فلا يحتاج الى البيان
واما هنا اى فيما نحن فيه فاحدهما اى احد العقدين اعتاق معقب للولاء لا مطالبة على الوكيل اى لا مطالبة
في الاعتاق على الوكيل لانه سفير والمولى عساه اى لعله لا يرضاه اى يرضى الاعتاق لانه يعقب الولاء ويوجب
الجناية عليه فربما يتضرر به ويرغب في المعاوضة المحضة اى والمولى عساه يرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان

اعلم

اعلم ان قول المص ولا مطالبة على الوكيل على رواية كتاب الوكالة في باب الوكالة بالعتق فان محمدا رح ذكر فيه ان العبد
يعتق والمال على العبد دون الوكيل وذكر في باب وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال
على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة الجامع الكبير وجه رواية الجامع ان توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراء لغيره فكما
يصير هو المطالب بتسليم الثمن فكذا هنا وعن عيسى بن ابان قال الصحيح ان الثمن على العبد لان الوكيل من جانب العبد في العتق
سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الامر وليس اليه من قبض المعقود اليه شيء فلا يتوجه عليه المطالبة
بتسليم البدل الا برضا المولى لو كان هو الذي امر الرجل ليبيع نفس العبد من العبد بالف درهم الى العطا فباعه الوكيل بهذه
الصفة يجوز البيع والالف عليه الى ذلك الاجل والذي يقبض الالف هو المولى دون الوكيل فكذا هنا كذا ذكره الامام
المحبوبي قال اى محمد في الجامع الصغير ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك هذه هي المسئلة الثانية
من مسئلتين اللتين يشملهما هذا الفصل فمن وكل عبدا بشراء نفسه من مولاه فلا يخ اما ان يضيف العبد العقد
الى موكله او الى نفسه او اطلق فان اضاف الى موكله فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل اى ففعل المولى ذلك
فهو اى العقد او العبد للامر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اى العبد اجنبي عن ماليته لانها
لمولاه حتى لو اقر بها لغيره لم يصح والبيع يرد عليه اى على العبد من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي فكان توكيله
بشراء نفسه كتوكيله لغيره من اموال المولى او توكيل اجنبي بشراء نفسه قال شمس الائمة اما صحة هذا التوكيل
فلان العبد مخاطب له عبارة ملزمة كالحر وانما يصلح الحر ان يكون وكيلا لغيره بالشراء باعتبار ان له عبارة
صحيحة فكذلك العبد الا ان مالية في يده استثناء من قوله لانه اجنبي عن ماليته يعني ان مالية العبد في يد
نفسه حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فانه لو اراد البائع ان يحبسه بعد البيع لاستيفاء الثمن لم يكن له
ذلك لان ماليته في يده لكونه مأذونا له فصار كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبائع حبسها
لاستيفاء الثمن لكونه مسلما اليه قال تاج الشريعة فان قلت الاحتراز عن هذا غير ممكن فلا يعتبر قبلها يسقط
حق الحبس كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل حتى يثبت للوكيل حق الحبس عندنا لعدم الاحتراز قلت الشرع
لا يرد بالمحال وكون المالية هنا في يد العبد امر حسي لا مرد له وكون قبض الوكيل قبض الموكل امر اعتباري فجاز ان لا
يعتبر انتهى اقول كل واحد من سؤاله وجوابه منظور فيه اما السؤال فلان قوله كما قلنا ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل
في اثناء هذا السؤال مخل بالمقصود لان حاصل هذا السؤال الا ان التسليم الكائن فيما نحن فيه لا يسقط حق الحبس
كما في حبس الوكيل المبيع لاستيفاء الثمن وعلى تقدير ان لا يكون قبض الوكيل قبض الموكل ... التسليم الى الوكيل
هناك فلا يكون نظير ما نحن فيه فالوجه ان يقال بدل ذلك كما قلنا في قبض الوكيل وتوضيح المقام ان سوق الكلام في
قبض الوكيل على امرين احدهما ان قبض الوكيل قبض الموكل وتسليم اليه لكنه تسليم ضروري لا يمكن التحرز عنه فلا
يسقط به حق الحبس وثانيهما ان قبض الوكيل ليس بقبض الموكل في الابتداء بل هو موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه
ولنفسه ان حبسه وصحة النظر على القول دون الثاني واما الجواب فلان الفرق بين كون مالية العبد في يده

كون قبض الوكيل قبض الموكل بان الاول امر حسي لا مرد له والثاني امر اعتباري فجاز ان لا يعتبر الثاني دون الاول
ما لا يجدي طائلا في قطع مادة السؤال المذكور لان خلاصته منع كون التسليم فيما نحن فيه مسقطا وكون مالية
العبد مما لا مرد له انما يدفع منع تحقق التسليم فيه لا منع كون التسليم فيه مسقطا لحق الحبس كما لا يخفى وانما يتم
الفرق المزبور بالنظر اي ما ادرجه في اثناء السؤال المذكور من المقدمة المستدركة المخلة بالمقصود كما عرفته لا
بالنظر الى ما هو المقصود وقال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك السؤال والجواب وفيه نظر فان مالية العبد
امر اعتباري وكونها بيد كذلك وقبض الوكيل امر حسي لا مرد له فكان الامر بالعكس والصواب ان يقال القبض
امر حسي اذا قام بمكان لا يجعل في غيره الا بالاعتبار وجاز ترك الاعتبار اذا اقتضاه ضرورة ولما كانت مالية العبد
فانها لا تنفك عن نفسه فاذا خرج نفسه عن ملك البائع ومالية لا تنفك تسلمنا اليه بعد التسليم الى هنا
كلامه اقول في كل واحد من نظره وجوابه الذي استصوبه بحث اما في الاول فلان الامر الحسي الذي لا مرد له
انما هو قبض الوكيل والذي جعله تاج الشريعة في جوابه امرا اعتباريا انما هو كون قبض الوكيل قبض الموكل واين هذا
من ذاك فلم يكن الامر بالعكس كما لا يخفى واما في الثاني فلانه ان اراد بعدم انفكاك مالية العبد عن نفسه عدم انفكاكها
عنها في نفس الامر فهو مع كونه ممنوعا في نفسه مناف لما قاله سابقا في النظر من ان مالية العبد امر اعتباري وكونها بيد
كذلك وان اراد بذلك عدم انفكاكها عنها في اعتبار اهل الشرع فللسائل ان يقول لم لا يجوز ان يترك اهل الشرع هنا
الاعتبار عند اقتضاء الضرورة كما في قبض الوكيل على ان حاصل هذا الجواب ايضا الفرق بين قبض الوكيل وبين مالية
العبد بان الانفكاك جائز في الاول دون الثاني فتعين التسليم هنا دون الاول وهذا انما يدفع منع تحقق التسليم
هنا وقد عرفت ان خلاصة السؤال المذكور منع كون التسليم هنا مسقطا لحق الحبس لا منع تحقق التسليم هنا
فلا يتم ما ذكره جوابا عنه اللهم الا ان يكون مراده الصواب في الفرق بين الصورتين ان يقال كما ذكره لان الصواب في الجواب
عن اصل السؤال ان يقال كذا لكنه بعيد عن اقتضاء حق المقام والاشبه في تقرير ذلك السؤال وتعيين الجواب عنه ما ذكره
صاحب الكفاية حيث قال فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه للمولى فكان كالوكيل له ولاية
جنس المبيع عن الموكل وان كان يده كيد الموكل حكما لانه لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز للوكيل عن هذا
في جنس الوكالات ولكن يمكن للبائع التحرز عنه في جنس الوكالة بان باع عبده لوكيل لا يشتري نفسه انتهى فاذا
اضافه اي فاذا اضاف العبد العقد اي الامر صلح فعله امتثالا فيقع اي العقد للامر هذا نتيجة الدليل تقريره
ان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه مال وكل من صلح وكيلا عن غيره في شراء مال اذا اضاف العقد الى
الامر صلح فعله امتثالا فالعبد اذا اضاف الى الامر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للامر ثم اعلم ان قوله
في الكتاب فبفعل الامر يشير الى ان العقد يتم بقول المولى بعت وهو يخالف ما ذكر في الجامع الصغير من اضافة العقد
الى الموكل انما تفيد الملك اذا وجد الايجاب من المولى والقبول من العبد حتى لو قال العبد بعني نفسي من فلان فقال بعت
لا يتم العقد حتى يقول العبد قبلت وهذا بناء على ان الواحد لا يتولى طرفي البيع بخلاف ما اذا اشترى لنفسه

كما سيأتي فانه اعتاق على مال مقدر والواحد يتولى طرفي الاعتاق اذا كان المال مقدرا فيتم بقول المولى
بعت مسبوقا بقول العبد بعني نفسي فان قيل اذا اضاف العبد العقد الى الامر فمن المطالب بالثمن قلنا العبد
لانه العاقد فيجب الثمن عليه الا انه يرجع به على الامر فان قلت العبد قد يكون محجورا عليه ومثله لا يرجع
اليه الحقوق قلت زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره مع مولاه فان المباشرة تستدعي تصور منحة للمباشر وهو
الاذن وان عقد لنفسه اي ان اضاف العقد الى نفسه فقال بعني نفسي مني فقال المولى بعت فهو حر لانه اعتاق
لما تقدم وقد رضي به المولى لانه علم ان سعي العبد منه اعتاق دون المعاوضة اي لم يرض بها فلا يقع العقد للامر
ولما استشعر ان يقال العبد وكيل بشراء شيء بعينه فكيف جاز له ان يشتري لنفسه اجاب بقوله والعبد وان كان وكيلا
بشراء شيء معين ولكنه اتى بجنس تصرف آخر وهو الاعتاق على مال فكان مخالفا وفي مثله ينفذ على الوكيل فان الوكيل
بشراء شيء بعينه اذا خالف فاتى بجنس تصرف آخر ينفذ العقد دون الموكل كما تقرر فيما مر وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل
لفلان اي وكذا لو اطلق العبد العقد فقال بعني نفسي فلم يزد على ذلك فهو حر لان المطلق يحتمل الوجهين
يعني الامتثال وغيره فلا يقع امتثالا اي فلا يجعل امتثالا بالشك فبقي التصرف واقعا لنفسه لان الاصل في التصرف
ان يقع عمن باشره قال صاحب العناية وعورض بان اللفظ حقيقة المعاوضة كما تقدم واذا تردد اللفظ بين ان يحمل
على حقيقته وعلى مجازه حمل على الحقيقة البتة واجيب بان اللفظ للحقيقة اذا لم يكن ثمة قرينة المجاز وقد وجدت فيما
نحن فيه وهي اضافة العقد الى نفسه فان حقيقته بالنسبة اليه غير متصورة ورضي المولى بذلك واليه اشار بقوله
وقد رضي به المولى دون المعاوضة انتهى اقول هذا الجواب مما لا يكاد يصح هنا لان الكلام الان انما
هو في مسألة الاطلاق عن الاضافة الى نفسه والى الموكل والقرينة المذكورة انما وجدت في مسألة الاضافة
الى نفسه وقول المص وقد رضي به المولى دون المعاوضة انما وقع فيما قد تقدم ذكرها وليس في تلك
بمورد الاعتراض فلا مساس لهذا الجواب بما نحن فيه اصلا لا يقال ليس المراد بالاضافة الى نفسه التي عدت
قرينة هنا الاضافة الماخوذة في المسألة المتقدمة الحاصلة من قوله مني بل الاضافة الحاصلة من قوله نفسي بل
الاضافة الحاصلة من قوله نفسي في قوله بعني نفسي وهذه الاضافة موجودة في مسألة الاطلاق لانا نقول هذه
الاضافة لا تصلح ان تكون قرينة المجاز اذ لا شك ان مجرد قوله بعني نفسي لا ينافي المعاوضة بل يحتمل ان يراد به
بيع نفسه وهو الاعتاق على مال وبيع نفسه لغيره وهو المعاوضة بل الثاني هو الظاهر نظرا الى الحقيقة
وقال صاحب العناية لا يقال فعلى هذا لا يكون قوله لان المطلق يحتمل الوجهين صحيحا لانا نقول الاحتمال انما
هو من حيث اطلاق اللفظ وذلك لا يحتمل الانكار والترجيح من حيث الاضافة الى نفسه وهي خارجة عن مفهوم
اللفظ انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح اذ لا اضافة الى نفسه فيما نحن فيه لانه وضعه فيما اطلق ولم يضف
الى احد فكيف يتصور الترجيح فيه من حيث الاضافة الى نفسه وايضا ان اراد بقوله وهي خارجة عن مفهوم اللفظ
انها خارجة عن مفهوم مجموع اللفظ الصادر عن العبد في هذه الصورة وهو قوله بعني نفسي فلا نسلم ان الاضافة

الى نفسه حتى يكون قرينة للمجاز فقط فلا يجدي شيئا لان وضع المسئلة في اطلاق مجموع ما يصدق على العبد اذ به
يمتاز هذه الصورة عن صورتي الاضافة فلا بد من خروج قيد الاضافة عن مجموع ذلك حتى يوجد الاطلاق المفروض
ويتجه الاحتمال المذكور وبالجملة لا حاصل لهذا الجواب ولا مطابقة فيه لما في الكتاب كما لا يخفى على ذوي الالباب
والجواب الصحيح عن اصل المعاوضة ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقع الشراء
للموكل عند الاطلاق لان اللفظ الحقيقة في الاصل فلما تردد بين الحقيقة والمجاز ينبغي ان يحمل على الحقيقة كما
هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء للموكل كان الشراء معمولا على حقيقته وهي المعاوضة ولو وقع للعبد كان
معمولا لمجازه لانه غير موضوع للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة
اصالة اخرى وهي ان الاصل في تصرف الانسان ان يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة لحسب مقصود البايع
ظاهرا وهو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشرى للموكل يفوت هذا الغرض ونقول لما وقع
التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لانه تصرف مندوب اليه والمعاوضة مباحة محضة انتهى

فصل في البيع

لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع في بيان احكام التوكيل بالبيع وما ذكر لتقديم فصل
الشراء ثمة فهو وجه تاخير فصل البيع ههنا في الشروح اقول لقائل ان يقول قد ذكر في هذا الفصل كثير من احكام التوكيل
بالشراء ولم يذكر ذلك في الفصل المتقدم منها قوله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده الخ فان الحكم
فيه حكم مشترك بين التوكيل بالبيع والتوكيل بالشراء ومنها قوله والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن
الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله فان الحكم فيه حكم التوكيل بالشراء ومنها قوله وان وكله بشراء عبد
فاشترى نصفه فالشراء موقوف الخ فان الحكم فيه ايضا حكم التوكيل بالشراء فقولهم لما فرغ من بيان احكام التوكيل بالشراء شرع
في بيان احكام التوكيل بالبيع محل مناقشة ويمكن الجواب بنوع عناية فتامل   اى القدوري في مختصره
والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له اي وسائر من لا تقبل شهادته له كولده وولد
ولده وزوجته وعبده ومكاتبه صرح القدوري في مختصره بهذه الامثلة الآن المص فعل الاجمال فقال ايضا
ومن لا تقبل شهادته له قال الشارح القيبي في تمثيل قوله ومن لا تقبل شهادته له كمثل ابنه واخيه اقول في تمثيل الثاني
خبط ظاهر فانه تقبل شهادة الاخ لاخيه بلا خلاف كما مر في كتاب الشهادة عند ابي حنيفة رح والمراد بعدم جواز البيع
والشراء مع هولاء عند ابي ح عدم جواز ذلك عنده في مطلق الوكالة واما اذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بان قال بع ممن شئت
فيجوز بيعه وشراؤه مع هولاء بلا خلاف بخلاف البيع من نفسه او من ابن صغير له حيث لا يجوز وان قال ذلك كذا في
المبسوط ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وقالا يجوز منهم بمثل القيمة قال بعضهم تخصيص البيع بالذكر من قبيل الاكتفاء
بذكره من الشراء والا ففيه خلاف ايضا وقال صاحب النهاية تخصيص قولهما في الكتاب في جواز البيع منهم بمثل القيمة بما ذكر
في شرح الطحاوي وكان فيه اشارة الى انه لا يجوز عندهما ايضا في الغبن اليسير والا لم يكن لتخصيص مثل القيمة فائدة
ولكن ذكر في الذخيرة ان البيع منهم بالغبن اليسير يجوز عندهما فكان الغبن اليسير ملحقا بمثل القيمة على ذلك التقدير

فقال فيها الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من
القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي ح رح وعندهما يجوز وان كان بمثل القيمة
فعن ابي ح روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا يقبل
شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند ابي ح رح وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف
وبمثل القيمة يجوز عندهما وكذلك عند ابي ح باتفاق الروايات فابو ح رح فرق على رواية الوكالة والبيوع بين المضارب
وبين الوكيل انتهى كلامه فان قيل ما وجه الفرق لابي ح على هذه الرواية بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب منهم
بمثل القيمة ظهر الربح او لم يظهر مع انه قبل ظهور الربح حكم الوكيل اجيب بان وجهه ان المضارب عام تصرفا من الوكيل فقد
تستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال فشبهه بالمستبد بالتصرف جاز
تصرفه مع هولاء بمثل القيمة وشبهه بالنائب لم تصرفه معهم بغبن يسير واما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون
متهما في تصرفه مع هولاء في حق الموكل وان كان بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه فانه لا يجوز عندهما ايضا قيد
في المبسوط بقوله الا من عبده الذي لا دين عليه لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه اشارة
الى انه لو كان عليه دين يجوز بيعه منه عندهما بعموم المشيئة كذا في النهاية ومعراج الدراية قال بعض الفضلاء فيه تامل فان
العبد الذي عليه دين محيط ما في يده ملك لمولاه عند ابي يوسف ومحمد فلا يظهر للتقييد فائدة انتهى اقول نعم ان العبد
الذي عليه دين محيط بماله ورقبته بملك مولاه ما في يده عندهما الا انه يتعلق به حق الغرماء حتى لو اعتق مولاه من كسبه
عبدا يعتق عندهما ولكن يضمن قيمته للغرماء واما عند ابي حنيفة رح فلا يملك مولاه ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا
لا يعتق ففائدة التقييد تظهر بناء على تعلق حق الغرماء بما في يده عندهما ايضا حتى يصير مولاه ممنوعا عن ان ينزعه من يده
ولهذا جاز بيع العبد المأذون الذي عليه دين مولاه شيئا من اكسابه وبيع مولاه منه شيئا من امواله عندهم جميعا ولم يجز
بيع العبد المأذون الغير المديون شيئا من مولاه ولا بيع مولاه شيئا منه عندهم اصلا وسينكشف ذلك كله في كتاب المأذون
فقوله في المبسوط لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه معناه ان كسبه ملك خالص لمولاه لم يتعلق به
حق الغير فبيعه منه كبيعه من نفسه بخلاف العبد المديون قال المص في تعليل ما ذكر في الكتاب من جانبهما ان التوكيل
مطلق اي عن التقييد بشخص دون آخر والمطلق يعمل باطلاقه فكان المقتضي موجودا والمانع منتفيا لان المانع هو التهمة
ولا تهمة ههنا لان التهمة انما تكون من حيث ايثار العين او من حيث ايثار المالية وليس شيء منهما بموجود اما الاول فلما ذكره
بقوله اذ الاملاك متباينة الا يرى انه يحل للابن وطي جارية نفسه ولا يحل له وطي جارية ابيه ولو لم يكن ملكه
متباينا عن ملك ابيه لكانت جاريته جارية مشتركة ولما حل له وطيها كما لا يحل له وطي جارية ابيه والمنافع
منقطعة لان تباين الاملاك يوجب انقطاع المنافع واذا كان الامر كذلك فلا نفع له من حيث ايثار العين
فلا تهمة واما الثاني فلان التقدير بمثل القيمة ينفيه فاذا وجد المقتضي وانتفى المانع وجب القول بالجواز كما في
البيع من الاجنبي بخلاف العبد يعني الذي لا دين عليه لما عرفت لانه بيع من نفسه او لان بيع الوكيل من مثل ذلك

العبد بيع من نفسه لان ما فى يد العبد اى ما فى يد ذلك العبد للمولى اى ملك خالص المولى لاحق فيه
للغير فصار البيع منه بيعا من نفسه والبيع من نفسه غير جائز لان الواحد اذا تولى طرفى البيع كان مستزيدا
ومستنقصا قابضا ومسلما مخاصما ومخاصما فى العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى وكذا للمولى حق فى كسب
المكاتب حتى لا تصح تبرعاته ولا تزوج عبده وينقلب حقيقة بالعجز يعنى وقد ينقلب حق المولى فى كسب المكاتب
الى حقيقة الملك بعجز المكاتب عن اداء بدل الكتابة فصار كالعبد وله اى ولابى حنيفة رح ان مواضع التهمة
مستثناة عن الوكالات يعنى سلمنا ان التوكيل مطلق لكن مواضع التهمة مستثناة من الوكالات لانها شرعت
للاعانة فكانت موضع امانة وهذا اى ما نحن فيه موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة اى فيما بينهم ولان
المنافع بينهم متصلة لان كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة فصار مال كل واحد منهم كمال صاحبه من وجه
فصار اى بيع الوكيل من هؤلاء بيعا من نفسه من وجه فكان فيه تهمة ايثار العين قال صاحب العناية فى شرح
دليل ابى ح ههنا ولابى حنيفة القول بالموجب اقول ليس الامر كذلك لان القول بالموجب على ما تقرر فى كتب الاصول
التزام ما يلزمه المعلل مع بقاء الخلاف وههنا ليس كذلك لان حاصل التعليل المذكور من قبلهما ان التوكيل
مطلق والتهمة منتفية لتباين الاملاك وانقطاع المنافع وحاصل ما ذكر من قبله ان التهمة متحققة والمنافع متصلة
والظاهر ان مآل هذا منع ما علل به من قبلهما لا التسليم والالتزام له فلم يكن من القول بالموجب فى شئ نعم فيه تسليم المقدمة الاولى
من التعليل المذكور وهى ان التوكيل مطلق لكن لا يتم بها وحدها المطلوب بها فلا يكون تسليمها تسليما للتعليل المذكور من قبلهما
كما لا يخفى قال المص والاجارة والصرف على هذا الخلاف يعنى ان الوكالة بالاجارة والصرف على هذا الخلاف المذكور ولعلنا
خصهما بالذكر لان الاجارة شرعت على خلاف القياس لان المعقود عليه وهو المنافع معدومة والصرف مشروط
بشروط عرى عنها غيره فكانا مما يظن عدم جوازه مع هؤلاء بالاجماع فتبين ان الحكم فيهما كالحكم فيما سواهما كذا فى
الشروح اقول السلم ايضا شرع على خلاف القياس وله شروط مخالفة للغير فكان الاحسن ان يذكره المص معهما كما وقع
فى المختلف حيث قال فيه بعد بيان الخلاف المذكور والسلم والصرف والاجارة على هذا الخلاف اى القدورى
فى مختصره والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابى ح رح ويجوز بيعه باجل غير متعارف ايضا عنده ذكره
فى الذخيرة وغيرها ولتفصيل المسئلة الوكيل بالبيع مطلقا على البيع بما عز وهان وباى ثمن كان والى اى اجل كان
متعارفا او غير متعارف كذا قالوا وقالا اى ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه
اى لا يجوز بيعه بغبن فاحش ويجوز بغبن يسير ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير اى لا يجوز الا بالنقد وكذا لا
يجوز بيعه عندهما الا باجل متعارف قال فى الذخيرة واذا باع باجل متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة جاز عند
علمائنا رحمهم الله وان باع باجل غير متعارف فيما بين التجار فى تلك السلعة بان باع مثلا الى خمسين سنة واشبه ذلك
فعلى قول ابى ح رح يجوز وعلى قول ابى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز ثم قال فانما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن فى لفظ
ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان فى لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة بان يقول بع هذا العبد

اذا قصد ونحى او قال بع فانى اغرمها او يلازمونى او قال بع فانى احتاج الى نفقة عيالى ففى هذه الصور ليس له
ان يبيع بالنسيئة انتهى قال المص فى تعليل ما ذكر فى الكتاب من جانبهما لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف اى بما هو
متعارف بين الناس لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها اى فتتقيد التصرفات بمواقع الحاجات
والمتعارف فى البيع ثمن المثل بالنقود ولهذا اى ولاجل تقييد التصرفات بمواقعها يتقيد التوكيل بشراء الفحم وفى
بعض النسخ اللحم مكان الفحم لكن الفحم الذى لغراب قوله بزمان الحاجة اذ كل الازمان زمان الحاجة الى اللحم كذا فى النهاية
ومعراج الدراية والجمد بسكون الميم لا غير وهو ما جمد من الماء فكان تسمية للاسم بالمصدر كذا فى الصحاح والديوان
والاضحية بزمان الحاجة متعلق بتقييد التوكيل اى بتقييد التوكيل بشراء هذه الامور بزمان الحاجة فيتقيد التوكيل
بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الجمد بايام الصيف وبشراء الاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة
حتى لو اشترى ذلك فى السنة الثانية لم يلزم الامر ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهو ظاهر وهبة من وجه
ولهذا لو حصل من المريض كان معتبرا من الثلث والاب والوصى لا يملكانه وهو وكيل بالبيع دون الهبة وكذا المقايضة
اى البيع بالعرض بيع من وجه وشراء من وجه لانه من حيث فيه اخراج السلعة من الملك بيع ومن حيث ان فيه
تحصيل السلعة فى الملك شراء فلا يتناوله اى فلا يتناول البيع بغبن فاحش وبيع المقايضة مطلق اسم البيع
لان المطلق ينصرف الى الكامل ولابى ح ان التوكيل بالبيع مطلق اى غير مقيد بشئ فيجرى اى يجرى المطلق
على اطلاقه فى غير موضع التهمة فيتناول كل ما يطلق عليه البيع قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولابى ح القول
بالموجب اى سلمنا ان التوكيل بالبيع مطلق لكن المطلق يجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة اقول هذا قبيح
مما قال فى المسئلة الاولى اذ لم يقل الخصم ههنا قط ان التوكيل بالبيع مطلق بل قال ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف
يعنى ان ما هو فى صورة الاطلاق من الامر فهو مقيد فى الحقيقة بالتعارف فلم يقع منه الحكم بان التوكيل بالبيع مطلق
حتى يصير محلا للمنع او التسليم فلا يتصور ان ما ذكر من قبل ابى ح ههنا قول بالموجب بتسليم ان التوكيل بالبيع مطلق
والحق ان حاصل معنى الكلام المذكور منع لكون مطلق الامر ههنا مقيدا بالمتعارف بناء على قاعدة لزوم اجراء المطلق
على اطلاقه فى غير موضع التهمة وان حاصل معنى قوله والبيع بالغبن والعين اى العرض متعارف عند شدة الحاجة
اى الثمن والتبرم اى السآمة من العين تنزل فى الجواب عن المنع المذكور يعنى سلمنا ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف
لكن البيع بالغبن او العين متعارف عند شدة الحاجة اى الثمن للتجارة رابحا او لغيرها وعند التبرم من العين وفى هذا لا
يبالى بقلة الثمن وكثرته ونقدية الثمن وعرضيته فكان مشتركا فلم يصلح حجة لاحد الخصمين على الآخر والمسائل ممنوعة
على قول ابى ح اى المسائل المستشهد بها من قبل الخصم وهى مسائل شراء الفحم والجمد والاضحية ليست بمسلمة على قول ابى ح رح
مروية عن ابى يوسف على ذلك الوجه واما عند ابى ح فهى على اطلاقها لا تتقيد بزمان الحاجة قال فى نهاية البيان ولئن سلمنا
انها تتقيد على قول ابى ح ايضا فنقول انما تتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد
وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد

التوكيل ممن يعتاد تربيص اللحم كالحدادين او تربيص الجمد كالفقاعين لا يتقيد التوكيل كذا قال الامام علاء الدين
العالم في طريقة الخلاف وكذا التوكيل بالاضحية يتقيد بايام النحر بالعرف لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة
الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك السنة انتهى وقال في الكافي ولانه مطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا
وتعين المتعارف مرادا فلم يتناول غيره مرادا فلا يقال هذا عام انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ايضا وانه اي البيع بالغبن
بيع من كل وجه جواب عن قولهما ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه يعني لا نسلم انه كذلك بل هو
بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به اي بالبيع بغبن فاحش فلما جعل هذا بيعا مطلقا في اليمين جعل في الوكالة
كذلك واعترض عليه بانه لا يلزم من جريان العرف في اليمين في نوع جريانه في البيع في ذلك النوع الا يرى انه لو حلف
لا ياكل لحما فاكل لحما قديدا حنث وفي التوكيل بشراء اللحم لو اشترى الوكيل لحما قديدا وقع على المشتري لا على الآمر واجيب
بان التوكيل بشراء اللحم انما يقع على لحم يباع في الاسواق والقديد لا يباع فيها عادة فلا يقع التوكيل عليه فعلم بهذا
ان العرف قد اختلف في حقهما فاختلف الجواب لذلك واما البيع بالغبن فلا يخرج عن كونه بيعا حقيقة
وعرفا اما حقيقة فظاهر واما عرفا فيقال بيع رابح وبيع خاسر كذا في العناية اخذا من النهاية اقول في الجواب
بحث لان حاصله الاعتراف باختلاف العرف في حق اليمين والبيع والتشبث بادعاء ان البيع بغبن فاحش لا
يخرج عن كونه بيعا لا حقيقة ولا عرفا فيرد عليه انه ان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من وجه فهو مسلم لكن
لا يحصل به الجواب عما قالاه والكلام فيه وان اريد انه لا يخرج عن كونه بيعا من كل وجه فهو ممنوع اذ هو اول
المسئلة حيث لا يقول به الخصم بل يدعيان انه بيع من وجه وهبة من وجه ونحن بصدد الجواب عنه
بمسئلة اليمين فاذا اورد الاعتراض عليه باختلاف العرف والحكم في حق اليمين والبيع فكيف يصح الجواب عنه
بالمصير الى المتنازع فيه غير ان الاب والوصي لا يملكانه جواب عن سؤال مقدر تقريره لو كان البيع بغبن فاحش
بيعا من كل وجه لملكه الاب والوصي يعني ان الاب والوصي انما لا يملكان البيع بغبن فاحش مع انه بيع من كل وجه
لان ولايتهما اي ولاية الاب والوصي على الصغير نظرية اي بشرط النظر في امر الصغير بالشفقة وايصال النفع
اليه ولا نظر فيه اي في البيع بغبن فاحش والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه جواب عن قولهما وكذا
المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه بل هي بيع من كل وجه وشراء من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما قال صاحب
الغاية مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب كما تقدم في اول البيوع اقول فيه خلل اما اولا فلانه
لا يخفى على احد ان المراد [illegible] البيع في قوله والمقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه هو البيع المقابل للشراء وهو وصف
البايع [illegible] بشراء في قوله المزبور وهو الشراء المقابل للبيع وهو وصف المشتري والحد المذكور اعني مبادلة
المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب انما هو حد البيع الذي هو عقد شرعي وهو المجموع المركب من الايجاب
والقبول مع الارتباط الشرعي الحاصل بينهما فذلك بمعزل عن قوله لوجود حد كل واحد منهما واما ثانيا فلانه
قد يحكم ما صدق عليه هذا الحد فهو بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بعد ان جعل هذا الحد حدا لكل واحد من البيع

والشر

والشراء يقتضي ان يكون كل البياعات الغير الاضطرارية بيعا من كل وجه وشراء من كل وجه اذ لا يخرج شيء منها
عن صدق هذا الحد عليه كما تقدم في اول البيوع ولم يقل به احد قط واعترض بعض الفضلاء بوجه آخر على قوله
وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي بطريق الاكتساب حيث قال فيه نظر فان الباء في قوله بالمال هي باء المقابلة
والعوض فلا يتناول الحد الشراء انتهى اقول هذا ساقط لان باء المقابلة والعوض لا تنافي تناول الحد المذكور الشراء
فان المقابلة والمعاوضة يتحققان في كل واحد من البدلين بلا تفاوت وانما يتبع حديث دخول الباء على الثمن
وسيجيء الكلام فيه ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يقال البيع في الحقيقة عبارة عن اخراج ملكه متوسلا به
الى تحصيل ملك غيره والشراء عبارة عن تحصيل ملك غيره متوسلا اليه باخراج ملكه وكلاهما صادق على المقايضة
انتهى اقول هذا هو الصواب وان كان مقتضى تحريره ان يكون ضعيفا عنده الا ان المراد بقوله وكلاهما صادق
على المقايضة انهما صادقان على بدلي المقايضة معا فلا ينتقض بساير البياعات فان صدق البيع بالمعنى المزبور
في سايرها مختص بالسلعة وصدق الشراء فيها مختص بالثمن فيسقط ما قاله بعض الفضلاء على قوله وكلاهما صادق
على المقايضة بل في جميع البياعات ففي تعريفه قصور انتهى فتدبر ثم قال صاحب العناية فالبيع والشراء يطلقان
على عقد شرعي يرد على مجموع المالين باعتبارين يتعين كل واحد منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البايع
عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء انتهى اقول وفيه خلل لان حاصله ان معنى البيع ومعنى الشراء متحدان
بالذات ومتغايران بالاعتبار يتعين كل منهما باطلاق لفظ يخصه وهو لفظ البيع في البيع ولفظ الشراء في الشراء
فيمتاز به البايع عن المشتري لكنه ليس بصحيح اما اولا فلانه قد تقرر في كتب اللغة ان لفظ البيع ولفظ
الشراء من الاضداد يطلق كل منهما على كل من معنى البيع والشراء وصرحوا به في اول كتاب البيوع حتى صرح نفسه ايضا
هناك بان لفظ البيع من الاضداد لغة واصطلاحا تقول باع الشيء اذا شراه او اشتراه فاذا كان كذلك فكيف
يتيسر اختصاص احد اللفظين المذكورين باحد المعنيين المزبورين وكيف يتصور تعين احد هذين المعنيين باطلاق
احد ذينك اللفظين عليه ولا شك ان ما هو من الاضداد يصح اطلاقه على كل من معنييه على ان اتحاد معنى البيع والشراء
بالذات مما لم يقل به احد من الثقات ولا يرى له وجه سديد واما ثانيا فلان البيع كما ينعقد بالايجاب والقبول
ينعقد ايضا بالتعاطي كما تقرر في البيوع وفي صورة التعاطي لا يلزم اطلاق لفظ على شيء منهما فكيف يتم قوله يتعين
كل منهما باطلاق لفظ يخصه عليه وبذلك يتميز البايع عن المشتري والوكيل بالبيع عن الوكيل بالشراء واما ثالثا
فلانه لو تعين كل منهما بلفظ يخصه وامتاز به البايع عن المشتري لكان الصادر من احد المتعاقدين بيعا ومن
الآخر شراء البتة فلم يصح القول بان المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه بل هي اما بيع واما شراء لا غير
اللهم الا ان يجعل المراد بكونها بيعا وشراء من كل وجه على انها صالحة لكل واحد منهما قبل صدور العقد واما بعد صدوره
فيتعين واحد منهما لكنه تعسف ثم انه فرع على ما ذكره سقوط بعض ما قيل ههنا ولما لم يصح الاصل كما عرفته
لم يصح الفرع ايضا لان صحة الفرع فرع صحة الاصل كما لا يخفى واعلم ان ههنا اسولة واجوبة يستدعي سبلها

تحقيق المقام فنقول ان قيل من المحال ان يوصف الشئ الواحد بصفة وبضدها فى حالة واحدة فلو قلنا بان
بيع المقايضة بيع من كل وجه وشراء من كل وجه فى ذلك الوقت لزم هذا المحال لو كان ذلك بجهة واحدة
وليس كذلك فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى عرض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى عرض صاحبه وانما جعلنا
هكذا لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس كل واحد منهما باولى من الاخر فى ان يجعل هو مبيعا او ثمنا فجعل
كل واحد منهما مبيعا بمقابلة الاخر وثمنا بمقابلة الاخر فان قيل لا نسلم عدم الاولوية فى احدهما لانه لا بد
من دخال الباء فى واحد منهما لتحقيق البدل بالمبدل وما دخل عليه الباء يتعين للثمنية لما عرف ان الباء تصحب الاثمان
فيتعين الاخر لكونه مبيعا بخياله قلنا قد ذكر فى اوائل كتاب البيوع ان الباء انما تعين ما دخلت عليه للثمنية
اذا كان ذلك الشئ من المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير فان الدراهم والدنانير متعينة للثمنية
سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل والعروض المعينة متعينة للمبيعة سواء دخلت عليها الباء او لم تدخل اما
المكيلات والموزونات اذا كانت غير معينة وهى موصوفة بصفة فان دخلت عليها الباء تعين للثمنية
كما اذا قال اشتريت هذا العبد بكر حنطة جيدة واما اذا لم يدخل عليها الباء فلا يتعين لها ايضا ثم كلامنا
ههنا فى بيع المقايضة وهى تنبئ عن المساواة مما قضيا اى متساويان فكان كلا البدلين متعينا فلا
يتعين واحد منهما للمبيعة ولا للثمنية فلذلك جعل كل واحد منهما مبيعا وثمنا وان دخلت الباء فى احدهما
فان قيل اذا كان بيع المقايضة شراء من كل وجه وبيعا من كل وجه فمن اى وجه رجح ابو ح رح جانب البيع فيه
حتى نفذ البيع على الامر عنده اذا باع الوكيل بالبيع بعرض مع الغبن الفاحش قلنا رجح هو جانب البيع استدلالا بما ذكر
فى المبسوط فى الوكالة بالسلم من كتاب البيوع من ان جانب البيع يترجح على جانب الشراء فى البيع بعرض الا يرى ان احد
المضاربين لو اشترى بغير اذن صاحبه كان مشتريا لنفسه ولو باع بغير اذن صاحبه شيئا من مال المضاربة
توقف على اجازة صاحبه فان باعه بعرض يتوقف ايضا حتى لو اجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة فعرفنا
ان جانب البيع يترجح فيه كذا فى النهاية ومعراج الدراية فان قلت كما ان كل واحد من عاقدى عقد المقايضة
بايع بالنسبة الى عرض نفسه مشتر بالنسبة الى العرض الاخر كذلك كل واحد من عاقدى عقد الصرف بايع ومشتر لما تقدم
ان عقد الصرف بيع والبيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احد البدلين اولى من الاخر فى جعله مبيعا او ثمنا فجعل
كل واحد منهما مبيعا وثمنا ثم الغبن الفاحش يتحمل فى بيع المقايضة على قول ابى ح رح فى ظاهر الرواية خلافا لرواية
الحسن كما ذكر فى الذخيرة والمبسوط ولا يتحمل فى بيع الصرف على قول الكل باتفاق الروايات كما ذكر فى باب الوكالة فى
الصرف من المبسوط فما وجه الفرق بينهما مع اتحادهما فى العلة قلت الفرق بينهما انما نشأ من حيث ورود علة
عدم جواز بيع التوكيل بالشراء بالغبن الفاحش ههنا ايضا وذلك لان تصرف الوكيل بالشراء بالغبن الفاحش
انما لا ينفذ على الموكل للتهمة فانه يحتمل انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزم ذلك الوكيل وهذا المعنى
موجود ههنا فان التوكيل يملك عقد الصرف لنفسه كما صرح به فى المبسوط واما فى بيع المقايضة فليس للوكيل ان يبيع

من نفسه ولا ان يشترى لنفسه عرضا لاخر بمقابلة عرض الموكل فلم ترد التهمة التى وردت فى حق الوكيل
بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك فى ظاهر الرواية على قول ابى ح رح وذكر فى الذخيرة ان الوكيل بالصرف اذا اشترى
بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابى ح رح ان كان يجوز باعتبار انه بيع وشرى
من وجه لا ان الشرى اصل فى هذا العقد لان الثمنية فى الدراهم والدنانير اصل والعبرة للاصل فكان شرى من
كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل فى الشرى بالاتفاق كذا فى النهاية قال صاحب العناية ولا يلزم الوكيل بالصرف فانه
لا يجوز له ان يبيع بالاقل اصلا لان موكله لا يملك ذلك بالنص فكذا وكيله انتهى اقول فيه نظر لان موكله انما لا
يملك البيع بالاقل فيما اذا اتحد البدلان فى الجنس واما اذا اختلفا فيه فيملكه قطعا كما تقرر فى كتاب الصرف ولا يخفى
ان عدم جواز بيع الوكيل بالصرف بغبن فاحش على قول الكل باتفاق الروايات غير منحصر فى صورة اتحاد الجنس بل يعم
صورتى اتحاد الجنس واختلافه بل المسئلة مصورة فى صرف المبسوط بصورة اختلاف الجنس حيث قال فيه وان وكله
بالف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن الناس فى مثله لم يجز على الامر انتهى فتلزم هذه الصورة
قطعا وتكفى فى ورود السؤال على ما ذكر فى الكتاب ولعمرى ان صاحب العناية قد خرج فى شرح هذه المسئلة عن سنن الصواب
وغبن فى تصرفاته غبنا فاحشا وذلك قال فى آخر كلامه فعليك بهذا وتطبيقه على ما فى الكتاب بلاحظا
بعين البصيرة تحرى المتصدى لتلفيقه ان شاء الله عز وجل ‏ ‏ ‏ ‏ ‏ ‏ اى القدورى فى مختصره والوكيل
بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فى مثلها وهى الغبن اليسير ولا يجوز بما لا يتغابن الناس
فى مثله وهو الغبن الفاحش فقال فى شرح الاقطع وعن ابى ح رح رواية اخرى انه يجوز بالقليل والكثير لعموم الامر
كذا فى غاية البيان علل المصنف فى الكتاب بقوله لان التهمة فيه اى فى الشراء متحققة فلعله اى فلعل الوكيل
اشتراه اى اشترى الذى وكل به لنفسه اى لاجل نفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره وهو الموكل على ما مر
اشارة الى ذكره فى فصل الشراء بقوله لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الامر
انتهى والتهمة فى باب الوكالة معتبرة ولان الوكيل بالشراء يستوجب الثمن فى ذمة نفسه ويوجب لنفسه
مثله فى ذمة الامر والانسان متهم فى حق نفسه فلا يملك ان يلزم الامر الثمن ما لم يدخل فى ملكه بازائه ما
يعدله ولهذا لو قال اشتريت وقبضت وهلك فى يدى فهات الثمن لا يقبل قوله بخلاف الوكيل بالبيع فانه
لو قال بعت وقبضت الثمن وهلك عندى كان القول قوله ولان امره بالشراء يلاقى ملك الغير وليس للانسان ولاية
مطلقة فى ملك الغير فلا يعتبر اطلاق امره فيه بخلاف البيع فان امره يلاقى ملك نفسه وله فى ملك نفسه
ولاية مطلقة ولان اعتبار العموم والاطلاق فى التوكيل بالشراء غير ممكن لانه لو اعتبر ذلك لاشترى ذلك
المتاع بجميع ما يملكه الموكل وبما لا يملكه من المال ونحن نعلم انه لا يقصد ذلك فحملناه على اخص الخصوص وهو
الشراء بالنقد بغبن يسير وفى جانب البيع اعتبار العموم والاطلاق ممكن لانه يتسلط به على شئ من ماله سوى المبيع
الذى رضى بزوال ملكه عنه وهذه فروق اربعة بين الوكيل بالبيع وبين الوكيل بالشراء فى الغبن الفاحش ذكرة

في كتاب البيوع من المبسوط حتى لو كان وكيلا بشراء شئ بعينه قالوا اى المشايخ ينفذ على الامر اى ينفذ العقد
على الامر وان كان مع الغبن الفاحش لانتفاء التهمة لانه اى الوكيل لا يملك شراءه اى شراء ذلك الشئ العين
لنفسه واراد بقوله قالوا عامة المشايخ فان بعضهم قالوا يتحمل فيه الغبن اليسير لا الفاحش وقال بعضهم لا
يتحمل فيه اليسير ايضا كما ذكره في الذخيرة وغيرها وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه اى اذا زوج موكله امراة باكثر
من مهر مثلها جاز عنده اى عند ابي حنيفة ذكر محمد في الاصل في اول كتاب الوكالة في النكاح حيث قال واذا وكل رجل
رجلا ان يزوجه امراة بعينها فزوجها اياه فهو جائز فان زادها على مهر مثلها فهو جائز في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف
ومحمد اذا زوجها بما يتغابن الناس في مثله فهو جائز وان زاد اكثر من ذلك لم يلزم الزوج النكاح الا ان يرضاه
واذا وكل رجل رجلا ان يزوج امراة بعينها فتزوجها الوكيل فهو جائز وهي امراته ولا يشبه هذا الشراء
لو امره ان يشتري عبدا بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه كان العبد للامر اى ههنا الاصل قال المصنف تعليل ما في الكتاب
لانه اى الوكيل بالنكاح لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد اى في عقد النكاح فلا يتمكن هذه التهمة اى تهمة
ان يعقد اولا لنفسه ثم يلحقه بغيره ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد اى لا يضيفه الى الموكل حيث
يقول اشتريت ولا يقول اشتريت لفلان يعني يجوز له الاطلاق ولا يجب عليه الاضافة الى الموكل فيتمكن تلك
التهمة قال شيخ الاسلام خواهرزاده جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس في مثلها فيما ليس له قيمة
معلومة عند اهل البلد كالعبيد والدواب وغير ذلك واما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم وغيرهما فاذا
زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم الامر وان قلت الزيادة كالفلس مثلا قال في بيوع التتمة وبه يفتى والذي لا يتغابن
فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين هذا لفظ القدوري في مختصره ويفهم منه ان مقابلة فيما يتغابن فيه
قال في الذخيرة تكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش والصحيح ما روي عن محمد في النوادر ان كل غبن
يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش وقال واليه اشار في الجامع في تعليل
مسئلة الزكوة قال المص وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقارات ده وازده اعلم ان ظاهر سوق
الكلام يشعر بان يكون مراده بذكر هذا القول تفسير الغبن الفاحش لان صريح ما ذكره سابقا كان تفسير الغبن الفاحش
فاذا قال بعده وقيل في العروض الخ كان المتبادر منه ان يكون هذا ايضا تفسير الغبن الفاحش واما الذي يقتضيه
التطبيق لما عين في ساير المعتبرات ان يكون مراده بذلك تفسير الغبن اليسير ومن كان الشراح ههنا فرقتين فمنهم من
تردد في تعيين مراده وجعل كلامه محتملا للمعنيين ولكن ذكر كل واحد منهما بقيل لا من عند نفسه ومنهم من جزم
فقال هذا بيان الغبن اليسير ولم يذكر الاحتمال الاخر وقال الشارح الكاكي من هذه الفرقة فكان قوله وقيل معطوف
على ما تضمن قوله ما لا يدخل تحت تقويم المقومين فانه اذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويمهم كان ما يدخل تحت
تقويمهم غبنا يسيرا والحق عندي ان يكون ذلك تفسير الغبن اليسير لانه هو الموافق لما ذكره جمهور الفقهاء عامة
المشايخ في كتبهم المعتبرة منهم الامام البارع علاء الدين الاسبيجابي فانه قال في شرح الطحاوي وروي عن نصير بن يحيى

انه قال

انه قال قدر ما يتغابن الناس في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده انتهى وقال
الشيخ ابو المعين النسفي فانه قال في شرح الجامع الكبير اختلف المشايخ في الحد الفاصل بين القليل والكثير منهم من قال
ما يتغابن الناس فيه قليل وما لا يتغابن الناس فيه كثير ومنهم من قال ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو قليل وما لا
يدخل فهو كثير ومنهم من قال ذلك مفوض الى راى القاضي ومحمد قدر في هذا الكتاب يعني في الجامع الكبير
ده نيم ومشايخ بلخ فصلوا ذلك على ما قال الفقيه ابو القاسم بن شعيب حكي عنهم قدروا في التجارة العقار ده دوازده
وفي الحيوان ده يازده وفي العروض ده نيم انتهى كلامه الخبير ذلك من الائمة الكبار المتفقين على جعل ذلك
التفسير الغبن هذا وانما كان التقدير في الاقسام المذكورة على الوجه المزبور لان التصرف يكثر وجوده في الاول
وهو العروض ويقل في الاخير وهو العقارات ويتوسط في الاوسط وهو الحيوان وكثرة الغبن لقلة التصرف
لان الغبن يزيد بقلة التجربة وينقص بكثرتها وقلتها وكثرتها بقلة التصرف وكثرته ثم ان عشرة دراهم نصاب
يقطع به يد محترمة فجعلت اصلا والدراهم لا يحتمل الاجله فقد لا يتسامح به في المماكسة فلم يعتبر فيما كثر
وقوعه يسيرا او النصف من الصنعة فكان يسيرا وضوعف بعد ذلك بحسب الوقوع فما كان اقل وقوعا منه
اعتبر فيه ضعفه وما كان اقل من الاقل اعتبر فيه ضعف ضعفه قال اى محمد في الجامع الصغير واذا وكله
اى واذا وكل رجل رجلا ببيع عبده اى ببيع عبده وفي بعض النسخ ببيع عبد له فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة
انما وضع المسئلة في العبد ليترتب عليه الاختلاف المذكور لانه اذا باع نصف ما وكل ببيعه وليس في تفريقه
ضرر كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق ذكره في الايضاح قال المص لان اللفظ مطلق عن قيد الافتراق
والاجتماع فيجري على اطلاقه وتنور ذلك بقوله الا يرى انه لو باع الكل اى كل العبد بثمن النصف يجوز عنده
اى عند ابي حنيفة فاذا باع النصف به اى بذلك الثمن اولى اى فهو اولى لان امساك البعض مع بيع البعض
بمقدار من الثمن وانما قيد بقوله عنده لانه لا يجوز عندهما لكونه غبنا فاحشا فان قيل انما جاز بيع الكل بثمن
النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة واما بيع النصف فيتضمن ذلك فكان هذا مخالفة من الوكيل الى شر فينبغي
ان لا ينفذ على الموكل قلنا ضرر الشركة اقل واهون من ضرر بيع الكل بثمن النصف فاذا جاز هذا على قوله
فلان يجوز ذلك وهو اهون اولى وقالا لا يجوز اى لا يجوز بيع نصف ذلك العبد لانه غير متعارف
يعني ان التوكيل ببيع العبد ينصرف الى المتعارف وبيع النصف غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة لانها عيب
الا ان يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما اى الموكل والوكيل لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال
بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه اى البيع
الاول وقع وسيلة الى الامتثال واذا لم يبع اى اذا لم يبع الباقي ظهر انه اى البيع الاول لم يقع وسيلة
الى الامتثال فلا يجوز وهذا اى كون البيع موقوفا الى ان يبيع النصف الاخر قبل الخصومة استحسان
عندهما اذ القياس ان لا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف كذا في معراج الدراية وقال الامام الزيلعي

في التبيين وقولهما استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله والمعنى الاول انسب بعبارة الهداية كما لا يخفى
على الفطن وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد
يقع وسيلة اي الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا الشقص الجزء من الشيء والنصيب
كذا في المغرب فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه اي شراء البعض وسيلة اي الى الامتثال فينفذ على الآمر
لانه يصير كانه اشتراه جملة قال المص وهذا اي جواب هذه المسألة وهو كون الشراء موقوفا بالاتفاق بين
ائمتنا الثلثة ثم اختلف ابو يوسف ومحمد في التوكيل بشراء عبد اذا اشترى نصفه فقال ابو يوسف ان اعتقه
الآمر جاز وان اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد ان اعتقه الوكيل جاز وان اعتقه الموكل لم يجز فابو يوسف يقول
ان العقد على اجازة الموكل الا يرى انه لو اجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ
اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه
ومحمد يقول انه قد خالف فيما امر به وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بان يشتري الباقي قبل رفع
الخلاف وقيل ان يشتريه بقي مخالفا فاذا اعتقه الآمر لم يجز كذا في النهاية والكفاية نقلا عن الايضاح والفرق
لابي حنيفة اي بين البيع والشراء ان في الشراء يتحقق التهمة على ما مر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله
اشتراه لنفسه الخ يعني ان التهمة متحققة في الشراء دون البيع فافترقا من هذه الحيثية واخراى وفرق آخر لابي
حنيفة بين البيع والشراء ان الامر في البيع في صورة التوكيل بالبيع يصادف ملكه اي ملك الآمر فيصح اي الامر بالبيع
لولاية الآمر على ملكه فيعتبر فيه اطلاقه اي اطلاق الامر والامر بالشراء في صورة التوكيل بالشراء صادف ملك الغير وهو
مال البايع فلم يصح اي الامر بالشراء فلم يعتبر فيه التقييد والاطلاق اي تقييد الامر واطلاقه فيعتبر فيه المتعارف
والمتعارف فيه ان يشتري العبد جملة كذا في العناية وهو الذي يساعده ظاهر لفظ المص قال صاحب العناية بعدما اكتفى
بهذا القدر من الشرح ولقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان لا يصح التوكيل بالشراء لان التوكيل بالشراء امر بالشراء
وقد قال الامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح والجواب ان القياس يقتضي ذلك ولكنه صح بحديث حكيم بن حزام فان النبي
صلى الله عليه وسلم وكله بشراء الاضحية واذا صح فلا بد له من محل فجعلناه الثمن الذي في ذمة الموكل لكونه ملكه
وصرفناه الى المتعارف عملا بالدلايل بقدر الامكان ولو عملنا باطلاقه كان ذلك ابطال القياس والعرف من كل وجه
والاعمال ولو بوجه اولى الى هنا كلامه اقول في الجواب شيء وهو ان حاصله انا لم نعمل بالاطلاق في صورة التوكيل
بالشراء لئلا يبطل العمل بالعرف مع كونه من الدلايل فيتجه عليه ان مقتضى هذا ان لا يعمل بالاطلاق في صورة التوكيل بالبيع
ايضا لئلا يبطل العمل بالعرف كذلك فان قلت لم يعمل بالقياس في صورة الشراء فلو لم يعمل بالعرف لزم ابطال الدليلين معا بخلاف
صورة البيع حيث عمل فيها بالقياس بناء على ان الامر فيها صادف ملك الامر قلت لا تاثير لهذا الفرق هنا لانا اذا تركنا القياس
في صورة الشراء بالنص وهو اقوى من القياس فبقي الكلام في العرف فلو جاز تقييد الاطلاق في صورة الشراء بناء على وجوب
العمل بالدلايل بقدر الامكان لجاز تقييده به في صورة البيع ايضا بناء على ذلك وقال صاحب غاية البيان في شرح

الفرق الثاني ان الامر في صورة التوكيل بالبيع صادف ملك الآمر فصح امره لولايته على ملكه فاعتبر اطلاق الامر فجاز بيع النصف
لان الامر وقع مطلقا عن الجمع والتفريق واما الامر في صورة التوكيل بالشراء فصادف ملك الغير وهو مال البايع فلم يصح الامر
مقصودا الا انه لا ملك للآمر في مال الغير وانما صح ضرورة الحاجة اليه ولا عموم لما ثبت ضرورة فلم يعتبر اطلاقه فلم يجز شراء
البعض لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وذلك يتادى بالمتعارف وهو شراء الكل لا البعض لان الغرض
المطلوب من الكل لا يحصل بشراء البعض الا اذا اشترى الباقي قبل ان يختصما فيجوز على الآمر لانه حصل مقصوده انتهى
اقول هذا القدر من البيان وان كان غير مفهوم من ظاهر لفظ المص الا انه لا يتوجه السوال الذي ذكره صاحب العناية
ولا يحتاج الى ما ارتكبه في جوابه كما لا يخفى على المتامل قال محمد في بيوع الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه
وسلمه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه اي على البايع المشتري بعيب لا يحدث مثله اي لا يحدث اصلا كالاصبع الزايد
والسن الشاغية او لا يحدث مثله في مثل هذه المدة بقضاء القاضي متعلق برده اي رده بقضاء القاضي وهو احتراز عما اذا
كان الرد بغير قضا كما سياتي ببينة متعلق بقضاء القاضي اي قضا ببينة المشتري او باباء يمين اي او قضاء باباء البايع
عن اليمين عند توجهها اليه او باقراره اي او قضائه باقرار البايع فانه اي البايع وهو المامور يرده اي يرد العبد الذي
رد عليه على الآمر بلا حاجة الى خصومة اذ الرد على الوكيل في هذه الصورة رد على الموكل فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب
فلا حاجة الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان يقر الوكيل بالعيب
ويمتنع بعد ذلك عن القبول فبقضاء القاضي كان مجبرا عليه على القبول كذا في النهاية وكثير من الشروح واجاب صاحب العناية
عن السوال المذكور حيث قال فان قلت ان كان الوكيل مقرا بالعيب رده عليه فلا حاجة الى قضاء القاضي فما فايدة ذكره
قلت الكلام وقع في الرد على الموكل فما كان الرد على الوكيل باقراره بلا قضاء لا يرد على الموكل وان كان عيبا لا يحدث
مثله في عامة روايات المبسوط فظهرت الفايدة اذن فافهمه واغتنمه انتهى كلامه اقول هذا الجواب ليس بشاف
اذ هو لا يحسم عرق السوال لان حاصله ان الفايدة مترتبة على وقوع القضاء اي حاصله بعد حصوله وكلام السايل في سبب
وقوع القضاء ابتداء يعني ان القضاء انما شرع لفصل الخصومات ورفع المنازعات ولا شك ان فصل الخصومة ورفع
تحقق الخصومة والمنازعة وفيما اذا اقر الوكيل بالعيب لا خصومة ولا منازعة فلا حاجة الى القضاء ولما فاي سبب
يقع القضاء حتى يترتب عليه تلك الفايدة فالجواب الشافي هو الاول لان امتناع المقر بالعيب عن قبول العيب يقتضي
الاحتياج الى وقوع القضاء عليه بالجبر على القبول قال المص في تعليل المسألة المذكورة لان القاضي يتيقن بحدوث
العيب في البايع اذ الكلام في عيب لا يحدث مثله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج يعني البينة والنكول والاقرار
قال جماعة من الشراح هذا جواب عن سوال سايل وهو ان يقال لما كان العيب لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة لم يتوقف
قضاء القاضي على وجود هذه الحجج بل ينبغي ان يقضي القاضي بدونها لعلمه قطعا بوجود هذا العيب عند البايع فاجاب
بان قال لم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج الخ اقول لا يذهب على من له ذوق صحيح ان معنى هذا الكلام وان كان
سالما لا يكون جوابا عن ذلك السوال لان تفريع قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج على ما قبله بادخال الفاء عليه يابا

ذلك جدا لان منشاء السؤال ما قبل هذا القول فكيف يتم تفريع الجواب عليه وكان صاحب النهاية ذاق هذه البشاعة
حيث قال في شرح قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج هذا الذى ذكر وقع سهوا من سائل فنقرر السؤال الى الوجه المذكور
ثم الجاء الحاقر برالجواب قال فاجاب عنه بقوله وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضى يعلم الخ فجعل الجواب قوله وتاويل
اشتراطها في الكتاب الخ دون قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج لكن لا يجدى ذلك طائلا اما اولا فلانه قد
اعتبر فى ابتداء فى شرح قوله فلم يكن قضاؤه الى الحجج هذه دفع لذلك السؤال واما ثانيا فلانه لا مجال لاخراج
قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج عن جواب ذلك السؤال وادخاله فى التعليل السابق لان التعليل
المذكور قد تم بدون القول المزبور والجواب عن ذلك السؤال لا يتم بدونه هذا كما لا يخفى واما صاحب معراج الدراية
وغيره لما راوا معنى الكلام المقتضى للمقام غير ما بل للقرفه دلك صرحوا بان قوله فلم يكن قضاؤه مستندا الخ جواب
عن ذلك السؤال ولكن لم يتعرض احد منهم لبيانه كما كان اللائح فتلخص مما ذكرنا انه لو قال المص ولم يكن قضاؤه
مستندا الى هذه الحجج بتبديل الفاء بالواو ولكان كلامه اسلم واوفى وتاويل اشتراطها اى اشتراط هذه الحجج
فى الكتاب يعنى الجامع الصغير ان القاضى يعلم انه اى العيب المذكور لا يحدث فى مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه
اى على القاضى تاريخ العيب فيحتاج الى هذه الحجج اى الى واحدة منها لظهور التاريخ اى لاجل ظهور التاريخ عنده حتى
يتبين له ان هذا العيب كان فى يد البائع فيرد المبيع عليه او كان عيبا اشارة الى تاويل آخر اى او كان العيب الذى
يريد المشترى الرد به عيبا لا يعرفه الا النساء كالقرن ونحوه او الاطباء اى او عيبا لا يعرفه الا الاطباء كالدق فى الحاج
القديم وقولهن اى قول النساء وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة للمشترى لا فى الرد اى ليس بحجة فى الرد على البائع
فيفتقر اى القاضى اليها اى الى الحجج المذكورة فى الرد على البائع اقول فى هذا التاويل نظر اذ على هذا لا يتم قول
المص فيعلم انه لم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج والاحتياج الى التاويل انما كان لاجل تتميم ذلك بل على هذا لا
يتم جواب اصل المسئلة ايضا اذ ينبغى ان يكون الجواب فيها الرد على المامور بعيب لا يحدث مثله مثل الجواب
فى الرد عليه بعيب يحدث مثله فى صورة ان كان ذلك باقرار لانه لما لم يكن قول النساء ولا قول الاطباء حجة فى حق الرد
بل كان القاضى فيه مفتقرا الى احدى الحجج المذكورة فيما لا يحدث مثله ايضا كان قضاؤه على المامور باقراره قضاء بحجة قاصرة
لم يضطر المامور اليها فينبغى ان لا يتعدى الى الآمر بعين ما ذكروا فيما يحدث مثله فتامل ثم ان صاحب الكافى زاد هنا
تاويلا ثالثا وقدمه على التاويلين اللذين ذكرهما المصنف حيث قال ومعنى شرط البينة والنكول والاقرار انه اشتبه
على القاضى ان هذا العيب قديم ام لا او علم انه لا يحدث فى مدة شهر مثلا ولكن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى
هذه الحجج ليظهر التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن فى الفرج ونحوه وقولهن او الطبيب حجة
فى توجه الخصومة ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد انتهى وذكر صاحب غاية البيان ايضا
اقول ذلك التاويل مما لا ارى له وجه صحة ههنا لان الكلام فى الرد بعيب لا يحدث مثله والعيب الذى
يشتبه على القاضى انه قديم ام لا انما لا يحدث مثله اذ لا شك ان المراد بما يحدث مثله ما يجوز ان يحدث مثله

عند المشترى لا مما يتعين حدوثه عنده والا لما صح رده على البائع ولو بحجة فان المراد بما لا يحدث
مثله ما لا يجوز ان يحدث مثله عند المشترى فالذى يشتبه انه قديم ام لا انما يجوز ان يحدث مثله
والا لما اشتبه حاله فان ما لا يجوز ان يحدث مثله قديم البتة حتى لو كان القاضى عاين البيع والعيب
ظاهر لا يحتاج اى القاضى الى شىء منها اى من تلك الحجج وهو اى الرد على الوكيل رد على الموكل فلا يحتاج الى
رد وخصومة مع الموكل لان الرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى والفسخ بالحجة الكاملة على الوكيل
فسخ على الموكل وكذلك الحكم اذا رده اى وكذلك الحكم اذا رد المشترى العبد عليه اى على الوكيل بعيب اى بسبب عيب
يحدث مثله ببينة متعلق برده اى رده عليه ببينة او باباء يمين اى بالنكول عن اليمين لان البينة
حجة مطلقة اى كاملة فتتعدى كذا فى العناية وهو الظاهر وقيل اى مثبتة عند الناس كافة فيجب بها قيام
العيب عند الموكل فينفذ الرد على الموكل كذا فى معراج الدراية اخذا من الكافى والوكيل مضطر فى النكول هذا
جواب عن خلاف زفر فى اباء يمين فانه قال لو رد على الوكيل بنكوله لم يكن له ان يرده على الموكل كمن اشترى
شيا وباعه من غيره ثم ان المشترى الثانى وجد عيبا فرده على المشترى الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على
بايعه فجعل هذا ومالو رد عليه باقراره سواء فى حق البايع فكذا فى حق الوكيل وكنا نقول الوكيل مضطر فى
هذا النكول لبعد العيب عن علمه اى عن علم الوكيل باعتبار عدم ممارسته للمبيع فانه لم يمارس احوال
المبيع وهو العبد فلا يعرف بعيب ملك الغير فيخاف ان يحلف كاذبا فينكل والموكل هو الذى اوقعه
فى هذه الورطة فكان الخلاص عليه فيرجع عليه بما يلحقه من العهدة فيلزم الآمر اى فيلزم العبد الآمر
او فيلزم حكم النكول الآمر بخلاف ما اذا اقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت
حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون فى الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشترى
الاول فانه مضطر الى النكول ولكن فى عمل باشره لنفسه فلا يرجع بعهدة عمله على غيره كذا فى المبسوط
والفوائد الظهيرية قال اى محمد فى الجامع الصغير فان كان ذلك اى الرد على الوكيل باقرار اى باقراره
لزم المامور اى لزم العبد المامور وهو الوكيل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر فى حق المقر دون غيره وهو
اى المامور غير مضطر اليه اى الى الاقرار لامكانه السكوت والنكول بنوع السكوت والنكول يعنى
يمكنه السكوت والنكول حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالسكوت والنكول الا ان له ان يخاصم
الموكل يعنى لكن للوكيل ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله اى بنكول الموكل قال بعض الفضلاء
لم يذكر الاقرار اذ لا فائدة فى المخاصمة ههنا اذا كان مقرا بخلاف الوكيل انتهى اقول ليس هذا بتام
اذ يجوز ان يقر الموكل بالبيع ويمتنع بعد ذلك عن القبول فتفائدة الخصومة ان يجبره القاضى على القبول
كما قالوا فى اقرار الوكيل على انه يجوز ان يظهر اقرار الوكيل بعد مخاصمة الوكيل لا قبلها فلا معنى لقوله اذ لا
فائدة فى المخاصمة هنا اذا كان مقرا فتدبر بخلاف ما اذا كان الرد اى الرد باقرار الوكيل بغير قضاء يعنى

ان ماسبق من ان للوكيل ان يخاصم الموكل فيما اذا كان الرد على الوكيل بقضاء القاضي باقراره واما اذا كان ذلك
بغير قضاء والعيب يحدث مثله فبخلافه حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه يعني الموكل لانه اي الرد بالاقرار
والرضاء من غير قضاء بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حق المتعاقدين والبائع يعني الموكل ثالثهما اي ثالث
المتعاقدين وهما الوكيل والمشتري قال صاحب غاية البيان وكان ينبغي ان يقول ان يخاصم موكله او يقول آمره وكان
ينبغي ايضا ان يقول مكان قوله والبائع ثالثهما والموكل ثالثهما او الآمر ثالثهما لان الكلام في مخاصمة الوكيل مع الموكل
وهو ليس ببائع انتهى واعتذر عنه صاحب العناية بان قال عبر عنه بالبائع لان المبيع لما انتقل الى الوكيل وتقرر
عليه بامر قد حصل من جهته فكانه باعه اياه انتهى والرد بالقضاء فسخ هذا جواب سؤال وهو ان يقال ينبغي ان لا يكون
للوكيل حق الخصومة مع الموكل اصلا فيما اذا حصل الرد باقرار الوكيل لكونه بيعا جديدا في حق الموكل فقال الرد بالقضاء
فسخ لعموم ولاية القاضي يعني ان الرد بالقضاء لا يحتمل ان يكون عقدا مبتدأ لفقد شرطه وهو التراضي لان القاضي
يرده على كره منه فيجعل فسخا لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار يعني لكن الفسخ استند الى
حجة قاصرة وهي الاقرار فعملنا بالجهتين فمن حيث الفسخ اي من حيث ان الرد بالقضاء فسخ كان له اي للوكيل ان يخاصم
اي مع الموكل ومن حيث القصور اي من حيث ان الاقرار حجة قاصرة لا يلزم الموكل الا بحجة اي الا باقامة الوكيل الحجة
على الموكل قال صاحب العناية وهذه فائدة الحاجة الى القضاء مع الاقرار فيسقط ما قال في النهاية اذا اقر الوكيل
بالعيب لا يحتاج الى قضاء لانه يقبله انتهى اقول فيه بحث اذ قد عرفت فيما ذكرناه من قبل ان هذه لفائدة
فائدة مترتبة على تحقق القضاء حاصلة بعد حصوله وما قال في النهاية انما هو في اصل تحقق القضاء وحصوله
ابتداء فانه اذا اقر الوكيل بالعيب لم يبق هناك حاجة الى قضاء من اي وجه يتحقق القضاء حتى يترتب عليه الفائدة
المذكورة وهذا كلام جيد لا يسقط بما توهمه صاحب العناية فان للسائل ان يقول ثبت العرش ثم انقش ثم ان صاحب
النهاية لم يتنبه على ذلك القول بل ذكره بطريق السؤال واجاب عنه بان يقول يمكن ان يقر الوكيل بالعيب ويمتنع بعد ذلك
عن القبول فيقضي القاضي كان يجبر عليه على القبول انتهى وقد ذكرنا السؤال والجواب في اول المسئلة ولا يخفى ان ذلك
الجواب جواب حسن وجه وجيه فان فيه لمندوحة عن التوجيه الذي تمحل به المصنف بابن خيار العيب في مسئلة
رد المشتري الثاني على المشتري الاول بعيب بقضاء القاضي باقرار وبينة او باباء يمين حيث قال هناك ومعنى
القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة انتهى فتفكر فان قيل اذا كان الرد باقرار الوكيل بغير قضاء ينبغي ان
يكون له ولاية الرد على الموكل كما في التوكيل بالاجارة فانه اذا آجر وسلم ثم طعن المستاجر فيه بعيب فقبل الوكيل بغير
قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل فكذا هنا قلنا من اصحابنا من قال لا فرق بينهما في الحقيقة
لان المعقود عليه في اجارة الدار لا يصير مقبوضا بقبض الدار ولهذا اذا تلف فانهدم الدار كان من ضمان الموجر فكون
هذا من البيع بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء وهناك يلزم الآمر كذا في الاجارة وقال شمس الائمة
السرخسي وفي الكتاب علل الفرق بين الفصلين وقال ان فسخ الاجارة ليس باجارة في حق احد لانه على احدى الطريقتين

الاجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد
لا ان يجعل ذلك عقدا ابتداء وعلى الطريقة الاخرى العقد منعقد باعتبار اقامة الدار مقام المعقود عليه
وهو المنفعة وهذا حكم قد ثبت بالضرورة فلا يعتد موضعها ولا ضرورة الى ان يجعل الرد بالعيب عقدا
مبتدأ ليقام الدار مقام المنفعة كذا في النهاية ومعراج الدراية ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء
اي وكان الرد بغير قضاء باقراره اي باقرار الوكيل يلزم الموكل من غير خصومة في رواية اي في رواية كتاب البيوع
من الاصل لان الرد متعين وذلك لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع الامر اليه فانهما لو رفعا الامر
اليه في عيب لا يحدث مثله رده على الوكيل ولا يكلفه اقامة الحجة على ذلك وكان ذلك ردا على الموكل قال الكاكي
فاذا تعين الرد صار تسليم الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي
عامة الروايات اي عامة الروايات المبسوط ليس له اي للوكيل ان يخاصم يعني لا يلزم الموكل وليس للوكيل ان يخاصمه
لما ذكرنا اشارة الى قوله لانه بيع جديد في حق ثالث والحق اي حق المشتري في وصف السلامة هذا جواب عن قوله
في رواية كتاب البيوع لان الرد متعين يعني لا نسلم ان الرد متعين لان حق المشتري ثبت اولا في الجزء الفائت
وهو وصف السلامة ثم ينتقل بضرورة العجز عن ذلك الى الرد ثم ينتقل بامتناع الرد بحدوث عيب او بحدوث
زيادة في المبيع الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وفيما ذكر من المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره
فلا يتم القياس لعدم الجامع قال المص وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا يريد بالكفاية كفاية المنتهى وهي شرح للهداية
الفها المص قبل الهداية كما ذكره في الديباجة ولم نعلم وجود نسختها الآن ولم نسمع ان احدا رآها وقال الامام الزيلعي في التبيين
بعد بيان المقام على الوجه المذكور وهكذا ذكر الروايتان في شروح الجامع الصغير وغيرها وبين الروايتين تفاوت كثير لان
فيه نزولا من اللزوم الى ان لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب ان يقال لا يلزمه ولكن له ان يخاصم انتهى اقول ولعمري انه تنبيه
لا يتحمل الاقدام على مثل هذا الكلام لان ما عده اقرب قول ثالث لا رواية فيه عن المجتهدين فكيف يجترئ عليه من عند نفسه
سيما بعد الاطلاع على الادلة المذكورة فانها تقتضي ما في احدى الروايتين البتة لا غير كما لا يخفى على المتامل قال اي في الجامع
الصغير ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر
يعني اذا اختلف الآمر والمامور في الاطلاق والتقييد فقال الآمر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور
امرتني ببيعه ولم تقل شيئا زائدا عليه فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته اي من جهة الآمر ومن يستفاد الامر
من جهته فهو اعلم بما قال فكان هو المعتبر الا اذا كان في العقد ما يخالف مدعاه وليس بموجود وقد اشار اليه بقوله ولا دلالة
على الاطلاق اذ الامر بالبيع قد يكون مقيدا وقد يكون مطلقا ولا دليل على احد الوجهين على ان الاصل في عقد الوكالة
التقييد لان مبناه على التقييد حيث لا يثبت بعد ذلك فانه ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيعه
الا يرى انه لو قال لغيره وكلتك بمالي او في مالي لا يملك الا الحفظ فكان مدعيا لما هو الاصل فيه فكان القول قوله قال
اي محمد في الجامع الصغير فان اختلف في ذلك اي في الاطلاق والتقييد المضارب ورب المال فقال رب المال امرتك

بالنقد وقال المضارب ما دفعت مضاربة ولم تعين شيئا فالقول قول المضارب قال صاحب العناية في تصوير الاختلاف
فيها فقال رب المال امرتك ان تعمل في البز وقال المضارب دفعت الي المال مضاربة ولم تقل شيئا اقول هذا التصوير لا يطابق
المشروح هنا مسئلة الجامع الصغير فان صورتها هكذا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل دفع الى رجل مالا مضاربة فاختلفا
فقال رب المال امرتك ان تبيع بالنقد دون ما سواه وقال المضارب اعطيتني المال مضاربة ولم تقل شيئا قال القول قول
المضارب الذي اخذ المال انتهى لفظ محمد قال المص في تعليل هذه المسئلة لان الاصل في المضاربة العموم يعني ان
الامر وان كان يستفاد من جهة رب المال الا ان في العقد ما يخالفه وهو بناء على ان الاصل في المضاربة العموم والاطلاق
الا يرى انه اي المضارب يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة يعني ان المضاربة تنعقد عند الاطلاق ويثبت الاذن عاما
فقامت دلالة الاطلاق اي فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعى الاطلاق في المضاربة كان مدعيا للاصل
فيها فكان القول قوله بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع اي في نوع مسمى والمضارب في نوع آخر وادعى
المضارب المضاربة في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل اي فنزل العقد
الى الوكالة المحضة وفيها القول للآمر كما مر آنفا ثم مطلق الامر بالبيع في صورة الوكالة ينتظمه اي ينتظم البيع نقدا ونسيئة
الى اي اجل كان متعارف عند التجار في تلك السلعة او غير متعارف فيها عند ابي حنيفة رح وعندهما يتقيد باجل متعارف
حتى لو باع باجل غير متعارف عند التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما والوجه قد تقدم اي الوجه من الجانبين
قد تقدم في مسئلة الوكيل بالبيع فان ابا حنيفة عمل بالاطلاق وهما بالتعارف قال صاحب الغاية وكان الانسب ان يذكر مسئلة
النسيئة في اوايل الفصل عند قوله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير كما اشار الى ذلك الموضع بقوله والوجه
قد تقدم قال اي محمد رح في الجامع الصغير ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع اي الرهن في يده
او اخذ بها اي بالثمن كفيلا فتوى المال عليه اي على الكفيل فلا ضمان عليه اي على المامور قال الكاكي في معراج الدراية
فلا ضمان عليه وتبعه الشارح العيني اقول لا وجه له اصلا اذ الضمان على الكفيل امر مقرر ليس بمحل الشك فضلا
عن الحكم بخلافه وانما الكلام في عدم الضمان على الوكيل اذ هو المشبه به فهو مورد البيان الا يرى الى قول المص في تعليل
المسئلة لان الوكيل اصيل في الحقوق اي في حقوق العقد وقبض الثمن منها اي من الحقوق والكفالة توثق به اي
بالثمن والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء لجانب استيفاء الثمن فقد ازداد بالكفالة والرهن معنى الوثيقة
فكانا مؤكدين لحق استيفاء الثمن فيملكها اي فيملكهما الوكيل فاذا ضاع الرهن في يده لم يضمن لان استيفاء الرهن
كاستيفاء الثمن من حيث انه بدله اقيم مقامه ولو هلك الثمن في يده يتلف الامانة فكذلك الرهن قيل المراد بالكفالة
هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة لان الاصيل لا يبرأ وقيل بل هي على حقيقتها والتوى فيها بان يموت
الكفيل والاصيل مفلسين وقيل التوى فيها بان يرفع الامر الى حاكم يرى براءة الاصيل فيحكم عليها براءة ويموت الكفيل مفلسا
كذا في الشروح واعلم ان القول الثالث هو الذي ذهب اليه صاحب الكافي حيث قال فتوى المال على الكفيل بان دفع الامر الى
قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل انتهى وان الامام الزيلعي

قد اختار

قد اختار ذلك وزيف القولين الاولين حيث قال في التبيين والنهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لان
التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين
وهذا كله ليس بشيء لان المراد هنا توى مضافا الى اخذ الكفيل بحيث انه لو لم ياخذ كفيلا لم تنسب كما في الرهن لان التوى
الذي ذكره هنا غير مضاف الى اخذ الكفيل بدليل انه لو لم ياخذ كفيلا ايضا لتوى بموت من عليه الدين مفلسا وحمله على
الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة
ولا وجه ان يقال المراد بالتوى توى مضافا الى اخذ الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين
بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل ان يكون القاضي مالكيا به ثم يموت الكفيل مفلسا الى هنا كلامه
فتامل بخلاف الوكيل بقبض الدين اذا اخذ بالدين رهنا او كفيلا فانه لا يجوز لانه اي الكفيل بقبض الدين يفعل
نيابة اي يتصرف نيابة عن الموكل حتى اذا نهاه الموكل عن القبض صح نهيه وقد اناب في قبض الدين دون الكفالة واخذ
الرهن فيقتصر على قدر المامور به دون غيره والوكيل بالبيع يقبض اي يقبض الثمن اصالة لا نيابة ولهذا
لا يملك الموكل حجره عنه اي عن قبض الثمن فينزل الوكيل في ذلك منزلة المالك والمالك لو اخذ بالثمن رهنا واخذ به
كفيلا جاز فكذلك الوكيل بالبيع **فصل** لما ذكر حكم وكالة الواحد ذكر في هذا الفصل حكم وكالة الاثنين
لان الاثنين بعد الواحد فكذلك حكمها كذا في الشروح قال في غاية البيان بعد ذكر هذا الوجه ولكن مع هذا لم يكن
لذكر الفصل كثير حاجة الا ان يقال يفهم هنا شيء آخر غير الوكالة بالبيع وهو الوكالة بالخلع والطلاق والتزويج
والكتابة والاعتاق والاجارة وهذا احسن انتهى واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون
الآخر هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان هذا الحكم فيما اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدي
او بخلع امرأتي واما اذا وكلهما بكلامين كان لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف كما صرح به في المبسوط قال في باب الوكالة
بالبيع والشراء واذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر به ايضا فايهما باع جاز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد
حين وكله ببيعه وحده بخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف
في اصح القولين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وههنا حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل
فاذا افرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف انتهى قال المص وهذا اي الحكم المذكور في مختصر القدوري
وهو عدم جواز تصرف احد الوكيلين بدون الآخر في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك اقول فيه شيء
وهو انه لو كان هذا الذي ذكره القدوري في مختصره مقيدا بتصرف يحتاج فيه الى الرأي لما احتاج الى استثناء
امور اربعة من الامور الخمسة التي استثنى الوكيل بها من الحكم المذكور وهي ما سوى الخصومة فانها مما لا يحتاج فيه
الى الرأي كما سياتي التصريح به من المص ومع ذلك لما تم الجمع بين تلك الامور الخمسة في الاستثناء بجملة واحدة لان
الاستثناء يصير متصلا بالنظر الى التوكيل بالخصومة ومنقطعا بالنظر الى التوكيل بما سواها وقد تقرر في كتب الاصول
ان صيغة الاستثناء حقيقة في المتصل مجاز في المنقطع فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز نعم لا نظر الى ان كلام القدوري

هنا مطلق وبعد الاستثناء الاتى يخرج منه ما لا يحتاج فيه الى الراى وما يحتاج فيه الى الراى ولكن يتعذر الاجتماع
عليه كالخصومة ويصير الاستثناء متصلا بالنظر الى الكل فينتظم المقام ويتضح المرام فان قلت ليس مراد المصنف ان كلام
القدورى هنا مقيد بما ذكره المصنف بدخول الاستثناء عليه حتى يرد عليه ما ذكرت بل مراده بيان حاصل المعنى بملاحظة دخول
الاستثناء الاتى عليه قلت حاصل المعنى هنا بملاحظة الاستثناء الاتى ان يكون التوكيل فى تصرف يحتاج فيه الى الراى
ولا يتعذر الاجتماع عليه وهذا المعنى ما ذكره المصنف فبيان المعنى هنا بما ذكره لا يطابق الحاصل من كلام القدورى لا قبل الاستثناء
ولا بعده فلا يجدى كثير طائل كما لا يخفى وقال المصنف فى تعليل اصل المسئلة لان الموكل رضى برايهما لا براى احدهما اذ لا
براى احدهما اما بيان برايهما فى احراقه رجلا لو وكل رجلين ببيع او شراء فباع احدهما او اشترى والاخر لم يجز الا ان يجيز الاخر
وفى المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباعه احدهما والاخر حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا عنه فاجاز لم يجز فى قول
ابى حنيفة كذا فى الذخيرة وذكر فى المبسوط لو وكل رجلين ببيع شىء واحدهما عبدا محجورا او صبيا لم يجز للاخر ان ينفرد ببيعه
لانه ما رضى ببيعه وحده حين ضم اليه راى الاخر ولو كان ناصرتين فباع احدهما والاخر حاضر فاجاز كان لان تمام العقد
برايهما ولو مات احدهما او ذهب عقله لم يكن للاخر ان يبيعه لانه ما رضى برايه وحده والبدل وان كان مقدرا
هذا جواب شبهة وهى انه اذا قدر الموكل البدل فى البيع ونحوه لا يحتاج الى الراى فينبغى ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف كما
فى التوكيل بالاعتاق بغير عوض فاجاب عنها بان البدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الراى فى الزيادة
واختيار المشترى يعنى ان تقدير البدل انما يمنع النقصان لا الزيادة وربما يزداد الثمن عند اجتماعهما لذكاء احدهما
وهدايته دون الاخر فيحتاج الى رايهما من هذه الحيثية وكذا اختيار احدهما المشترى الذى لا يماطل فى الثمن دون الاخر
فيحتاج الى ذلك من هذه الحيثية ايضا قال اى القدورى فى مختصره الا ان يوكلهما بالخصومة هذا استثناء
من قوله فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الاخر يعنى ان احد الوكيلين لا يتصرف بانفراده الا فى الخصومة فانه لو
خاصم احدهما بدون الاخر جاز وذكر فى الفوائد الظهيرية فاذا انفرد احدهما بالخصومة هل يشترط حضرة صاحبه فى خصومته
بعض مشايخنا قالوا يشترط وعامة مشايخنا على انه لا يشترط والطلاق محمول على هذا قال المصنف فى تعليل ما فى الكتاب لان
الاجتماع فيها اى فى الخصومة متعذر للافضاء الى الشغب الشغب بالتسكين تهييج الشر ولا يقال شغب بالتحريك كذا
فى الصحاح فى مجلس القضاء ولا بد من صيانة مجلس القضاء عن الشغب لان المقصود فيه اظهار الحق وبالشغب لا يحصل ولانه
يذهب بمهابة مجلس القضاء فلما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة احدهما والراى
يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة هذا دفع لقول زفر فانه قال ليس لاحدهما ان يخاصم دون صاحبه لان الخصومة
يحتاج فيها الى الراى والموكل انما رضى برايهما ووجه الدفع ان المقصود وهو اجتماع الرايين يحصل فى تقويم الخصومة
سابقا عليها فيكتفى بذلك قال اى القدورى او بطلاق زوجته بغير عوض هذا وما بعده معطوف على المستثنى
وهو قوله بالخصومة اى او ان يوكلهما بطلاق زوجته بغير عوض فان لاحدهما ان يطلقها بانفراده او بعتق عبده
بغير عوض اى او ان يوكلهما بعتق عبده بغير عوض فان لاحدهما ان يعتقه وحده او برد وديعة اى او ان يوكلهما بعتق عبده

بغير عوض

بغير عوض فان لاحدهما ان يعتقه وحده او برد وديعة اى او ان يوكلهما برد وديعة فان لاحدهما ان يردها
منفردا قيد بردها اذ لو وكلهما بقبض وديعة له لم يكن لواحد منهما ان ينفرد وصرح به فى الذخيرة فقال قال
محمد فى الاصل اذا وكل رجلين بقبض وديعة له فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان ضامنا لانه شرط اجتماعهما
على القبض واجتماعهما عليه ممكن وللموكل فيه فائدة لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير
اذن المالك فيصير ضامنا ثم قال فان قيل ينبغى ان يصير ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مامور بقبض النصف
قلنا كل واحد منهما مامور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه واما فى حالة الانفراد فغير مامور بقبض شىء منه انتهى وذكر
صاحب العناية مضمون ما فى الذخيرة هنا ولكن ما عزاه الى الذخيرة وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن العناية
وفيه كلام وهو ان هذا انما يتم فيما ينقسم عند ابى حنيفة على ما سيجىء فى الوديعة انتهى اقول ليس كلامه بشىء اذ نشاء فى
المنقول عن قيد الاذن فان الذى سيجىء فى الوديعة هو انه ان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه
احدهما الى الاخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن
الاخر فى الوجهين انتهى ولا يخفى ان المفهوم منه ان لا يجوز حفظ احدهما الكل بلا اذن صاحبه فى الوجهين
معا بلا خلاف وان لا يجوز ذلك باذن الاخر ايضا فيما يقسم عند ابى حنيفة خلافا لهما وما ذكر فى الذخيرة وفى العناية
انما هو فيما اذا قبض احدهما الكل بغير اذن صاحبه فهو تام فى الوجهين معا بالاتفاق وقضاء دين عليه
اى او ان يوكلهما بقضاء دين على الموكل فان لاحدهما الانفراد فيه ايضا لان هذه الاشياء يعنى الطلاق بغير عوض
والعتاق بغير عوض ورد الوديعة وقضاء الدين لا يحتاج فيها الى الراى بل هو اى بل اداء الوكالة فيها تعبير محض
اى تعبير محض كلام الموكل وعبارة المثنى والواحد سواء لعدم الاختلاف وهذا اى جواز انفراد احدهما بخلاف ما اذا
قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لا يجوز انفراد احدهما فى هاتين الصورتين لانه اى لان ما قال
لهما فيهما تفويض الى رايهما فلا بد من اجتماعهما ونور ذلك بقوله الا يرى انه تمليك مقتصر على المجلس كما مر فى باب
تفويض الطلاق واذا كان تمليكا صار التطليق مملوكا لهما فلا يقدر احدهما على التصرف فى ملك الاخر قيل ينبغى ان
يقدر احدهما على ايقاع نصف تطليقة واجيب بان فيه ابطال حق الاخر اذ بايقاع النصف تقع تطليقة كاملة
فان قيل الابطال هنا ضمنى فلا يعتبر اجيب بانه لا حاجة الى ذلك الابطال مع قدرتهما الى الاجتماع وقال بعض الفضلاء
قوله الا يرى انه تمليك مقتصر على المجلس منقوض بقوله طلقاها فانه تمليك ايضا كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة
ولا مدخل للاقتصار على المجلس فى كونه تمليكا اقول جميع مقدمات دليله على النقض سقيم اما قوله فانه تمليك ايضا
فلانه خلاف المعرف لان قوله طلقاها بدون التعليق بالمشية توكيل لا تمليك وقد صرح به المص فى باب تفويض
الطلاق حيث قال وان قال لرجل طلق امراتى فله ان يطلقها فى المجلس وبعده وله ان يرجع لانه توكيل وانه
استعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامراته طلقى نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا
انتهى واما قوله كما سبق فى باب الاختلاف فى الشهادة فلانه خلاف الواقع كما يظهر بمراجعة محله واما قوله

ولا مدخل للاقتصار على المجلس في كونه تمليكا فلانه خلاف المصرح به الا يرى الى قول المصنف في اول فصل
الاختيار من باب تفويض الطلاق ولانه تمليك الفعل منهما والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع انتهى
والى قوله في اواسطه فصل الامر باليد من ذلك الباب والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ولانه اي الامر
علق الطلاق بفعلهما اي بفعل المامورين فاعتبره صيغة لم من الاعتبار بدخولهما اي فاعتبر تعليق الطلاق
بفعل رجلين بتعليق الطلاق بدخول الرجلين اي بدخولهما الدار مثلا يعني يشترط ثمة لوقوع الطلاق دخولهما
جميعا حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق لا تطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا فكذلك هنا لا يقع الطلاق
مالم يوجد فعل التطليق منهما جميعا قال صاحب النهاية قوله ولانه علق الطلاق بفعلهما راجع الى قوله
طلقاها ان شئتما وقوله لانه تفويض الحد... هما راجع اليهما والى قوله امرها بايديكما وقد تبعه في جعل قوله ولانه
علق الطلاق بفعلهما راجعا الى قوله طلقاها ان شئتما كثير من الشراح فمنهم من صرح به وهو صاحب العناية حيث
قال قوله ولانه علق الطلاق متعلق بقوله طلقاها ان شئتما ومنهم من ظهر منه في اثناء التقرير وهو صاحب
غاية البيان وغيره حيث قالوا بصدد بيان قول المصنف فاعتبره بدخولهما حتى لو قال ان دخلتما الدار فهي طالق
لا تطلق مالم يوجد الدخول منهما جميعا فكذا هنا في قوله طلقاها ان شئتما لا يقع الطلاق مالم يوجد فعل التطليق
منهما جميعا اقول ولكن لا ارى باسا في ابقاء كلام المصنف هنا على ظاهر حاله وهو ان يكون كل واحد من تعليليه عاما
للصورتين معا بناء على ان التعليق كما يوجد في صورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما يوجد ايضا في صورة ان قال لهما
امرها بايديكما اذ صرح المصنف في فصل الامر باليد من باب تفويض الطلاق بان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق وقال
الشراح في بيانه وهذا لان معنى امرك بيدك ان اردت طلاقك فانت طالق انتهى ولذلك لم نخصص قوله ولانه
علق الطلاق بفعلهما الخ بصورة ان قال لهما طلقاها ان شئتما بل شرحته بوجه يعم الصورتين معا كما رايته
قال اي القدوري في مختصره وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه اي الموكل فوض اليه اي الى الوكيل التصرف
اي التصرف الذي وكل به دون التوكيل به اي لم يفوض اليه التوكيل بذلك التصرف فلا يملكه هذا اي عدم جواز
التوكيل فيما وكل به لانه اي لعلة ان الموكل رضي برايه اي براي الوكيل والناس متفاوتون في الاراء فلا يكون الرضى
برايه رضا براي غيره فيكون الوكيل في توكيل الغير مباشرا غير ما امر به الموكل فلا يجوز قال صاحب العناية وفيه تشكيك
وهو ان تفاوت الاراء مدرك بيقين والا لما جاز التعليل به فجاز ان يكون الوكيل الثاني اقوى من الاول وايضا
الرضى براي الوكيل ورد توكيله متناقض لان الوكيل الثاني لو لم يكن اقوى رايا او قوية في راي الاول لما وكله فرد توكيله
مع الرضى برايه مما لا يجتمعان ويمكن ان يجاب عنه بان العبرة في القوة في الراي لما يكون بحسب ظن الموكل وحيث
اختاره للتوكيل من بين من يعرفه بالراي والتصرف في الامور ولم ياذن له بالتوكيل كان الظاهر من حاله انه ظن
ان لا ثمة من يفوقه في هذا التصرف فقبول توكيله ح مناقض لظنه فلا يجوز انتهى اقول الجواب الذي ذكره انما
يدفع الوجه الاول من التشكيك المذكور دون الوجه الثاني منه لان قبول توكيل الوكيل وان كان مناقضا لظن الموكل

الا ان

الا ان رد توكيله ايضا مناقض لرضى الموكل براي الوكيل كما ذكره في الوجه الثاني منه فما الرجحان فاينا رهن التناقض
على ذلك التناقض ثم اقول في الجواب عن الوجه الثاني منه ان الموكل انما رضي براي الوكيل في تصرف خاص وهو ما وكل به
من البيع او الشراء او الاجارة او نحو ذلك والتوكيل ليس بداخل في ذلك التصرف فلا تناقض في رد توكيله وانما يصير ذلك
تناقضا لو كان رضاء الموكل براي الوكيل في التوكيل او برايه مطلقا ولهذا اذا اذن له الموكل في التوكيل او قال له اعمل
برايك يجوز توكيله كما سياتي واعترض بعض الفضلاء على قول المصنف لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الاراء بان الدليل
خاص بما يحتاج الى الراي والمدعى عام لغيره ايضا اقول اصل الدليل انه رضي بفعله دون فعل غيره والناس متفاوتون
في الافعال فيعم ما يعم المدعى الا انه اخرج الكلام مخرج الغالب فقال لانه رضي برايه والناس متفاوتون في الاراء
قال اي القدوري في مختصره الا ان ياذن له الموكل استثناء من قوله وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به فانه اذا اذن
له في ذلك يجوز ان يوكل غيره لوجود الرضى اي لوجود الرضى ح براي غيره ايضا او يقول له عطف على ياذن له الموكل
اي او الا ان يقول للوكيل اعمل برايك فيجوز ايضا ان يوكل غيره لاطلاق التفويض الى رايه اي الى راي الوكيل فيدخل
توكيله الغير تحت الاجازة قال المصنف واذا جاز في هذا الوجه اي فاذا جاز توكيل الوكيل غيره في هذا الوجه الذي يجوز التوكيل
فيه وذلك بان ياذن له الموكل او يقول له اعمل برايك فوكل غيره يكون الثاني اي الوكيل الثاني وهو وكيل الوكيل
وكيلا عن الموكل لا عن الوكيل الاول حتى لا يملك الاول اي الوكيل الاول عزله اي عزل الوكيل الثاني ولا ينعزل اي الوكيل
الثاني بموته اي بموت الوكيل الاول وينعزلان اي الوكيل الاول والوكيل الثاني بموت الاول اي بموت الموكل الاول
وقد مر نظيره في ادب القاضي وهو ما ذكره في فصل اخر قبل باب التحكيم بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض
اليه ذلك الى ان قال ولو فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله اقول والعجب من الشراح
هنا تسامحهم في قولهم كصاحب النهاية وصاحب غاية البيان وصاحب معراج الدراية انهم قالوا في بيان ما مر نظيره في ادب
القاضي وهو ما ذكره هناك بقوله وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك الى ان قال ولو قضى الثاني بحضرة
الاول او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة فختموا الكلام في قوله كما في الوكالة مع ان نظير ما ذكره المصنف هنا انما هو ما
تركوه وهو قوله هناك بعد ذكر ما ذكروه ولو فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصل حتى لا يملك الاول عزله وكانهم
انما اغتروا بما في قوله كما في الوكالة من التشبيه بالوكالة لكن مراده بذلك انما هو التشبيه بما سياتي من انه ان وكل بغير اذن
موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لا التشبيه بما نحن فيه كما لا يخفى ثم ان ههنا بحث وهو ان قول المصنف حتى لا يملك الاول عزله
ظاهر في صورة ان ياذن له الموكل في التوكيل لان الاذن له في ذلك لا يقتضي الاذن له في العزل ايضا واما في صورة ان يقول له
اعمل برايك فمشكل لانهم صرحوا بان قوله اعمل برايك توكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره وانما ثبتت صفة المالكية لتوكيل
فيملك توكيل غيره كما لا يخفى فينبغي ان يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني ايضا بعموم وكالته عن الموكل الاول وبكونه كالمالك الثابت
صفة المالكية له كما ان للقاضي ان يستخلف على القضاء وان يعزل عنه اذا فوض اليه النصب والعزل من قبل الخليفة على ما عرف
في محله ونوضح هذا بما ذكره الامام قاضي خان في فتاواه حيث قال رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شيء فهو جائز

توكل الوكيل بذلك غير جاز توكيله ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول
او عزل او جن او ارتد ولحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول او جن او ارتد ولحق بدار الحرب
ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جاز عزله لان الموكل الاول رضي بصنيع الاول وعزل الاول الثاني من
صنيع الاول الى هنا كلامه ولا يخفى ان الموكل الاول فيما نحن فيه ايضا رضي بعمل الوكيل الاول برايه وان عزله الوكيل الاول
الثاني من عمله برايه فينبغي ان يجوز عزله اياه والفرق بينهما مشكل ودونه خرط القتاد قال اي القدوري في مختصره
فان وكل اي الوكيل بغير اذن موكله فعقد وكيله اي وكيل الوكيل بحضرته اي بحضرة الوكيل الاول جاز اي جاز العقد لان
المقصود اي مقصود الموكل الاول حضور راي الاول اي حضور راي الوكيل الاول وقد حضر اي وقد حضر رايه في العقد
المذكور فحصل مقصوده فجاز العقد قال صاحب النهاية فان قلت ما الفرق بين هذا وبين احد الوكيلين بالبيع
اذا باع بغير اذن صاحبه فانه لم يكتف هناك بمجرد حضرة صاحبه بل لا بد من الاجازة صريحا كما ذكر في الذخيرة والمبسوط
قلت ما ذكر في الجامع الصغير من ان عقد وكيل الوكيل جائز عند حضرة الوكيل الاول محمول على ما اذا اجاز الوكيل الاول عقد الوكيل
الثاني لا لمطلق الحضرة هكذا ذكر في الذخيرة فقال ثم ان محمدا رح قال في الجامع الصغير اذا باع الوكيل الثاني بحضرة الوكيل
الاول جاز ولم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل شرط
اجازته فقال اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل الاول جاز وحكي عن الكرخي انه كان يقول البيع في
المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان يحمل المطلق على المقيد
والى هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان توكيل الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يؤذن له في ذلك صار وجود هذا التوكيل وعدمه
بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باع هذا الرجل والوكيل غائب او حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان الاجازة
لبيع الفضولي لا تثبت بالسكوت لكون السكوت محتملا كذا ههنا ومتى اجاز فانما يجوز لان الوكيل يملك مباشرته بنفسه
فيملك اجازته بالطريق الاولى ثم منهم من يجعل من المسئلتين روايتين وجه رواية الجواز من غير اجازة الاول ان بيع الثاني حال
غيبة الاول انما لا يصح لتعري العقد عن راي الاول ومتى باع بحضرته فقد حضر هذا العقد راي الاول وعلى هذا احد
وكيلي البيع والاجارة اذا امر صاحبه بالبيع او الاجارة فباع بحضرته في رواية لا يجوز الا باجازته وفي رواية يجوز من غير
اجازته انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع قال صاحب العناية بعد نقل السؤال والجواب
وفيه نظر اما فيما نقل عن محمد رح فانه قال والوكيل الاول حاضر او غائب فاجاز الوكيل وليس في ذلك نص على اشتراط الاجازة في
الحاضر لجواز ان يكون قوله فاجاز متعلقا بقوله او غائب فقط واما في تعليلهم فلانه معارض بان المقصود هو الراي وقد حضر
كما ذكرنا انتهى واجاب بعض الفضلاء عن نظره فيما نقل عن محمد رح حيث قال انت خبير بان قوله فاجاز الوكيل عطف على قوله
اذا باع الوكيل الثاني الخ فيكون متعلقا بكل منهما نعم لو كان العبارة واجاز بالواو فيجوز كونها حالية لاحتمل ما ذكره انتهى اقول
وفيه نظر لانه يجوز ان يكون الفاء في قوله فاجاز الوكيل للسببية لا للعطف كما في قولك زيد فاضل فاكرمه ونحو الذي يطير
فيغضب زيد الذباب على ما ذكروا في موضعه ولئن سلم كونها للعطف وكون قوله فاجاز الوكيل عطفا على قوله اذا باع الوكيل الثاني

الى اخره

وهو الذي ذكره القدوري ايضا في مختصره ونقل المصنف منه

الى اخره فلا نم كون قوله فاجاز الوكيل متعلقا بكل من قيدي المعطوف عليه اعني قوله والوكيل الاول حاضر او غائب اذ قد تقرر في
محله ان العطف على مقيد بشيء انما يوجب تقييد المعطوف بذلك الشيء فيما اذا كان القيد مقدما على المعطوف عليه كما في قولنا يوم الجمعة
سرت وضربت زيدا وقولنا ان جئتني اعطك واكسك واما فيما لا يتقدم عليه فلا يوجب تقييده بذلك في شيء وما نحن فيه من هذا
القبيل كما لا يخفى فلم يجب فيه ان يتقيد المعطوف بقيدي المعطوف عليه بل جاز ان يتعلق بواحد منهما فقط ثم قال
صاحب العناية ولعل الصواب ان الاجازة ليست بشرط لصحة عقد وكيل الوكيل عند حضوره وشرط لصحة عقد احد
الوكيلين والفرق بينهما ان وكيل الوكيل لما كان يتصرف بتوكيله ورضاه بالتصرف كان سكوته رضا لا محالة واما احد الوكيلين
فليس كذلك فلم يكن سكوته رضا لجواز ان يكون غيظا منه على استبداده بالتصرف من غير اذن من صاحبه انتهى قال الص
وتكلموا في حقوقه اي في حقوق عقد الثاني بحضرة الاول يعني اذا باع بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من تكون لم يذكره
محمد في الجامع الصغير وتكلم المشايخ فيه قال الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة
على الاول دون الثاني اذا السبب وهو العقد وجد من الثاني دون الاول والثاني كالوكيل للموكل الاول حتى لو مات
الموكل الاول ينعزل الوكيل الثاني بموته ولا ينعزل بموت الموكل الثاني وهو الوكيل الاول كذا في الملتقط وقال
في الذخيرة ثم اذا باع او اشترى بحضرة الاول حتى جاز فالعهدة على من لم يذكر محمد هذا الفصل في الجامع الصغير وذكر
البقالي في فتاواه ان الحقوق ترجع الى الاول وفي عيون الاصل والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني انتهى وقال
في فتاوى قاضي خان فان وكل غيره فباع الوكيل الثاني بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض
وذكر في الاصل ان الحقوق ترجع الى الوكيل الثاني وهو الصحيح انتهى وان عقد اي الوكيل الثاني في حال غيبته اي في حال
غيبة الوكيل الاول لم يجز اي لم يجز العقد لانه فاته رايه اي راي الوكيل الاول فلم يحصل مقصود الموكل وهو
حضور رايه الا ان يبلغه اي الا ان يبلغ خبر عقد الوكيل الثاني الوكيل الاول فيجيزه اي فيجيز الوكيل الاول ذلك
العقد فيجوز لتحقق رايه وكذا لو باع غير الوكيل اي وكذا يجوز لو باع الاجنبي فبلغه اي فبلغ خبر البيع الوكيل فاجازه
اي فاجاز البيع بعد بلوغ الخبر لانه حضره رايه باجازته ولو قدر الاول اي الوكيل الاول الثمن اي ثمن ما امر ببيعه للثاني
اي للوكيل الثاني الذي وكله بغير اذن موكله بان قال له بعه بكذا فعقد بغيبته اي فعقد الثاني بذلك الثمن المقدر
بغيبة الاول يجوز اي العقد لان الراي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا انما قال ظاهرا احترازا عما اذا وكل
وكيلين وقدر الثمن كما سياتي بيانه وقد حصل اي وقد حصل تقدير الثمن الذي هو المقصود بالراي واعلم ان هذه
رواية كتاب الرهن اختارها المص وعلى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن انما يمنع النقصان
لا الزيادة فلو باشر الاول ربما باع بالزيادة على المقدار المعين لذكائه وهدايته قال المص وهذا بخلاف
ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن فانه لا يجوز بيع احدهما بذلك المقدار لانه لما فوض اليهما اي لان الموكل
لما فوض الراي الى الوكيلين مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري الذي لا
يماطل في تسليم الثمن على ما بيناه اشارة الى قوله فيما تقدم والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال

وقال بعض الفضلاء [illegible]

الرأي في الزيادة واختيار المشتري اما اذا لم يقدر اي الموكل الثمن وفوض الى الاول اي وفوض الرأي الى الوكيل الاول
كان غرضه اي غرض الموكل رأيه اي رأي الوكيل الاول في معظم الامر اي معظم امر عقد البيع وهو التقدير في الثمن وذلك
لان المقصود من البياعات الاسترباح والعادة جرت في الوكالة ان يوكل الاهدى في تحصيل الارباح وذلك انما يكون في الوكيل
بتقدير ثمن صالح لزيادة الربح وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الاول فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة كذا
في الشروح اقول لقائل ان يقول اختيار المشتري الذي لا يماطل في تسليم الثمن من مهمات البياعات ومعظمات امورها ايضا كما
اشار اليه المص فيما مر بقوله والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري فكيف
يتم ان يقال ههنا فبعد ذلك لا يبالي بنيابة الآخر عنه في مجرد العبارة قال اي محمد في الجامع الصغير واذا زوج المكاتب
او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع اي او باع واحد منهم او اشترى لها اي للصغيرة الموصوفة
المذكورة لم يجز اي لم يجز شيء من تصرفاتهم المذكورة قال المص معناه اي معنى قول محمد او باع او اشترى لها التصرف
في مالها اي في مال الصغيرة المذكورة بالبيع او الشراء وانما احتاج الى هذا التأويل لان قوله او اشترى لها يحتمل وجهين
احدهما ان يشتري لها شيئا من مال نفسه والآخر ان يشتري لها بمالها ولما كان الاول جائزا لا محالة كان المراد ههنا هو الثاني
وقال في تعليل المسألة لان الرق والكفر يقطعان الولاية يعني ان التصرفات المذكورة من باب الولاية والرق في العبد
والمكاتب والكفر في الذمي يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره يعني اذا لم يكن
له ولاية على نفسه لم تكن له ولاية على غيره بالطريق الاولى لان الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة وكذا الكافر
لا ولاية له على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا حتى لا تقبل شهادته اي شهادة الكافر
عليه اي على المسلم ولان هذه اي هذه الولاية ولاية نظرية اي ولاية ثابتة نظرا للصغار والصغاير لعجزهم
فلا بد من التفويض اي من تفويض هذه الولاية الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر بالقدرة والشفقة والرق يزيل القدرة
قال الشراح ضرورة ان المملوك عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والكفر يقطع الشفقة على المسلم كما لا يخفى فلا تفوض اليهما اي فلا
تفوض هذه الولاية النظرية الى العبد والكافر قال الشارح العيني وفي بعض النسخ الى العاقد المشفق مكان العاقد
المشفق وجعل الشارح الكاكي هذه النسخة اصلا وقال وفي بعض النسخ الى القادر مكان العاقد اقول وانا لم ار نسخة
الى العاقد فقط ولم اجد لها وجها ههنا اذ لا يوجد لقول المص والرق يزيل القدرة متعلق كما لا يخفى على الفطن قال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك اي لا يجوز تصرفهما على ولدهما المسلم وماله قال
الشراح انما خص قولهما بالذكر مع ان هذا حكم مجمع عليه لان الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء
ونحوهما نافذة وان قتل على الردة عندهما بناء على الملك وقد تركا اصلهما في تصرفاته على ولده ومال ولده فانها موقوفة
بالاجماع اقول قد ادرج في قولهما الحربي ايضا والعذر الذي ذكروه لا يجري فيه قطعا فلا يتم لان الحربي وان كان مستأمنا
ابعد من الذمي لان الذمي صار منا دارا وان لم يصر منا دينا وقد تحقق منه ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزية بخلاف الحربي
فانه لم يتحقق في حقه شيء من الاصل والخلف فاولى ان يسلب الولاية اي فالحربي اولى بسلب الولاية يعني اذا سلبت ولاية الذمي

كما

كما عرفت فالحربي اولى بسلبها واما المرتد فتصرفه في ماله كان نافذا اي وان كان نافذا عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد
لكنه اي لكن تصرفه موقوف اي موقوف على اسلامه ان اسلم صح وان مات او قتل او لحق بدار الحرب بطل
على ولده ومال ولده متعلق بما يرجع اليه ضمير لكنه وهو التصرف بمعنى الولاية يعني لكن تصرفه اي ولايته على ولده
ومال ولده موقوف على اسلامه بالاجماع متعلق بقوله موقوف اقول لا يخفى على من له فطرة سليمة ووقوف
على العربية ومسائل المرتد ان في كلام المص ههنا تعقيدا قبيحا واحتياجا الى بيان معناه بالوجه الذي شرحناه به وانا
اتعجب من الشراح كيف لم يتعرضوا له اصلا مع تقيدهم بكثير من الامور الجزئية البينة في مواضع شتى نعم الغاية
ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال واما المرتد فان ولايته على اولاده واموالهم موقوفة بالاجماع لانها اي لان ولاية
الاب على ولده ومال ولده ولاية نظرية وذلك اي الولاية النظرية بتأويل المذكور او بأن استعمال ذلك مشترك باتفاق
الملة اي بسبب اتفاق الملة بين الاب والولد وهي اي الملة مترددة في حق المرتد لكونها معدومة في الحال لكنها مرجو الوجود
لان المرتد مجبور عليها فيجب التوقف ثم يستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل اي تصرفه وبالاسلام اي بالعود
الى الاسلام يجعل اي المرتد كانه لم يزل مسلما فيصح اي تصرفه اقول بقي في هذا المقام شيء وهو ان ما ذكر من قوله
واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته الى ههنا ليس من مسائل الوكالة قط وقد ذكر مرة في باب الاولياء والاكفاء
من كتاب النكاح حيث قال فيه ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على
غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله
للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان انتهى فذكره مرة اخرى سيما في كتاب الوكالة
بعيد المناسبة **باب الوكالة بالخصومة والقبض** اخر الوكالة بالخصومة عن الوكالة بالبيع والشراء لان
الخصومة تقع باعتبار ما يجب استيفاؤه ممن هو في ذمته وذلك في الاغلب يكون بمطالبة المبيع او الثمن ولانها
مهجورة شرعا فاستحقت التأخير عما ليس بمهجور كذا في العناية وذكر الوجه الثاني في سائر الشروح ايضا واعترض عليه
بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث لانا لا نسلم ذلك كيف وقد وقعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم والصحابة
رضي الله تعالى عنهم وانظر الى تعنيه الخصومة هل فيه ما يوجب هجرها انتهى اقول هذا ساقط جدا لان المراد ان
الخصومة بحقيقتها وهي المنازعة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا وانما شرعت ووقعت من الائمة
باعتبار كونها مجازا عن جواب الخصم بنعم او لا كما سيأتي بحثه عن قريب مفصلا ومشروحا وقد وقع التصريح بذلك ههنا ايضا
في عبارة كثير من الشراح حيث قالوا لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا اخرت ترك
حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا اخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور شرعا بل هو مقرر على حقيقته قال اي القدوري
في مختصره الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض اطلق كلامه في الرواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا
فان الامام المحبوبي قد ذكر ان الوكيل بالخصومة في العين والدين جميعا وكيل بالقبض عند علمائنا الثلاثة كذا
في النهاية ومعراج الدراية خلافا لزفر فانه يقول الوكيل بالخصومة لا يكون وكيلا بالقبض وبه قال الشافعي

فى الاظهر وبه مالك واحمد وعن الشافعى فى وجه انه يملك القبض كما قلنا هو اى زفر يقول رضى اى الموكل بخصومته اى
بخصومة الوكيل والقبض غير الخصومة لان الخصومة قول يستعمل فى اظهار الحقوق والقبض فعل حسى فلم يرض به اى علم يرض
الموكل بالقبض اذ يحتاج للخصومة فى العادة الى الناس وللقبض آمن الناس فمن يصلح للخصومة لا يرضى بامانته عادة
ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض يعنى ان الوكيل بالشئ مامور باتمام ذلك الشئ وتمام
الخصومة يكون بالقبض لان الخصومة باقية ما لم يقبض وذلك لانه ما لم يقبضه يتوهم عليه الانكار بعد ذلك والمطل
ويحتاج الى المرافعة باثبات الخصومة فلما وكله بفصلها والفصل بالقبض دخل تحته ضمنا كذا قرره صاحب النهاية
وعزاه الى المبسوط والاسرار واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وقال صاحب العناية فى تقريره ولنا ان الوكيل مادام
وكيلا يجب عليه القيام بما امر به وقد امر بالخصومة والخصومة لا تتم الا بالقبض لتوهم الانكار بعد ذلك وتعذر الاثبات
بعارض من موت القاضى وغيره والمطل والافلاس وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بان
قوله ولنا ان الوكيل مادام وكيلا يجب عليه القيام بما امر به مخالف لما اسلفه فى اوايل كتاب الوكالة من قوله وحكم الوكالة
جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه اقول ليس هذا بشئ فانه نشأ من الغفلة عن فائدة قوله مادام وكيلا فى قوله ان الوكيل
مادام وكيلا يجب عليه بما امر به اذ لا شك ان الوكيل مادام ثابتا على وكالته يجب عليه اداء ما امر به والا يلزم تغرير الآمر
وهو ممنوع شرعا ومعنى ما ذكره فى اول كتاب الوكالة ان الوكالة عقد جائز غير لازم فحكمها جواز ان يباشر الوكيل ما فوض اليه
وان لا يباشر بشرط عزل الموكل اياه او عزل الوكيل نفسه واعلامه الموكل ثم رد عليه ايضا ذلك البعض فى قوله والخصومة
لا تتم الا بالقبض بانه ان اريد قبض الوكيل فغير مسلم وان اريد ما يعمه وقبض الموكل فمسلم ولكن لا يترتب عليه مطلوبه اقول
المراد بذلك قبض الوكيل او الموكل ويترتب عليه مطلوبه قطعا بمقتضى مقدمته القائلة وما لا يتم الواجب الا به
فهو واجب لانه لما فوض الموكل الخصومة الى الوكيل والتزم الوكيل اقامتها دخل فى ضمن ذلك ما لا يتم الخصومة الا به
وهو القبض فملكه الوكيل قطعا ووجب عليه القيام به مادام على وكالته والفتوى اليوم على قول زفر رح لظهور
الخيانة فى الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ومشايخ بلخ افتوا بقول زفر لان التوكيل بالقبض
غير ثابت نصا ولا دلالة اما نصا فظاهر واما دلالة فلان الانسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضى ولا يرضى بامانته
وقبضه وبه افتى الصدر الشهيد ايضا كذا ذكره الامام المحبوبى فى جامعه وذكر فى الشروح ايضا الا ان صاحب العناية
قال بعد ذكر ذلك وفيه نظر فان الدلالة قد وجدت بما ذكرنا انه ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب قال المصنف
ونظيره اى نظير الوكيل بالخصومة الوكيل بالتقاضى فانه يملك القبض على اصل الرواية وهو رواية الاصل لانه فى معناه
وضعا اى لان التقاضى فى معنى القبض من حيث الوضع وعن هذا قال فى الاساس تقاضيته دينى واقتضيته دينى
واقتضيت منه حقى اى اخذته وقال فى القاموس وتقاضاه الدين قبضه منه انتهى ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان فسر
قول المصنف لانه فى معناه وضعا بقوله اى لان التقاضى فى معنى القبض قال فيه نظر لانه قال فى المغرب تقاضيته دينى
وتقاضيته بدينى اى استقضيته طلبت قضاءه واقتضيت منه حقى اخذته وقال الشارح العينى بعد نقل النظر

المذكور

٤٤

المذكور عنه قلت لم ادر وجه النظر فيه لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض اقول بل وجه ما
قاله الاتقانى وجه النظر هو ان المفهوم مما فى المغرب كون التقاضى فى اللغة بمعنى طلب القضاء لا بمعنى القبض كما ذكره المص
ولا يدفعه قوله لانه لم يقل التقاضى هو القبض بل قال فى معنى القبض اذ لا شك ان معنى قوله انه فى معناه وضعا انهما
متحدان معنى من حيث الوضع فى اصل اللغة ولو كان معنى التقاضى فى اللغة طلب القضاء لا غير لم يتحقق ذلك الاتحاد
فلم يكن فى معنى القبض قطعا ثم اقول فى الجواب عن النظر المذكور لعل صاحب المغرب فسر التقاضى بطلب القضاء الذى
هو المعنى العرفى للفظ التقاضى لكونه غالبا على معناه الوضعى الاصلى كما ستعرفه فلا يكون مخالفا لما ذكره المصنف
وما صرح به عامة ثقات ارباب اللغة فى كتبهم المعتبرة من كون معنى التقاضى هو الاخذ والقبض بناء على اصل الوضع
ويرشد اليه انه فرق بين الاقتضاء والتقاضى ففسر الاقتضاء بالاخذ على اصله لعدم جريان العرف المذكور فيه
والا فلا فرق بينهما فى اصل اللغة كما عرفته مما نقلنا فيما مر آنفا عن الاساس وصرح به الجوهرى فى صحاحه حيث قال و
اقتضى دينه وتقاضاه بمعنى قد ثبتا لان العرف بخلافه اى بخلاف الوضع لان الناس لا يفهمون من التقاضى القبض بل
يفهمون منه المطالبة وهو اى العرف قاض على الوضع اى راجح عليه لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا
يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع افهام الناس اليه
والفتوى على ان لا يملك يعنى فتوى المشايخ اليوم على ان لا يملك الوكيل بالتقاضى القبض بناء على العرف قال صاحب العناية
وفيه نظر لان الحقيقة مستعملة والمجاز متعارف وهى اولى منه عند ابى حنيفة رح والجواب ان ذلك وجه لاصل الرواية
والكلام فيه وانما الكلام فى ان الفتوى على اصل الرواية او على العرف لظهور الخيانة فى الوكلاء قالوا على العرف فلا يملك
القبض انتهى كلامه اقول لا النظر ولا الجواب اما الاول فلان الحقيقة فى لفظ التقاضى غير مستعملة بل هى مهجورة
كما صرح به ثقات المشايخ كالامام فخر الاسلام البزدوى وصاحب المحيط وغيرهما قال فى المحيط البرهانى الوكيل
بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلثة هكذا ذكر محمد رح فى الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر
الاسلام على البزدوى فى شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضى فى عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة فى
ديارنا وجعل التقاضى مستعملا فى المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة لهذا كلامه
واما الثانى فلان كون الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف اصل مقرر عند ابى حنيفة رح لم يرجع عنه قط فلو كانت
الحقيقة فى لفظ التقاضى مستعملة لم يفت بقول المص وهو قاض على الوضع على اصل ابى حنيفة رح قطعا ولم يكن للمشايخ
الفتوى على العرف فى مسئلتنا هذا اذ يلزم ح ترك اصل امامهم المجتهد وليست وظيفتهم الا الجريان على اصله الكلى وان
جاز لهم بعض من التصرفات فى الفروع الجزئية لا يقال يجوز ان يكون مدار قول المص وما افتوا هم على ابى يوسف و
محمد رحمهما الله فان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المستعملة عندهما لانا نقول الذى يظهر من هذا الكتاب ومن سائر
الكتب ان لا يقع خلاف فى هذه المسئلة بين ائمتنا الثلثة الا يرى الى قول محمد رح فى الاصل الوكيل بالتقاضى يملك
القبض عند علمائنا الثلثة ولو كان لاصلهما المذكور تاثير فى هذه المسئلة لما وقع الاتفاق بينهم فيها على ما نص عليه صاحب المحيط

قال وفي كلام فخر الاسلام وغيره ما يدل على ان المجاز المتعارف انما يترجح عندهما اذا تناول الحقيقة بعمومه كما في مسئلة
اكل الحنطة انتهى ولا يخفى ان الامر ليس كذلك فيما نحن فيه فلا تمشيه لاصلهما المذكور ههنا راسا فلا مجال لان يجعل بناء
لصحة قول المص وفتوى المشايخ فالتحقيق في هذا المقام ان التوكيل بالتقاضي كان مستعملا على حقيقته في الاوائل ولم يجر
العرف على خلاف ذلك في تلك الايام فكان الوكيل بالتقاضي يملك القبض بالاتفاق على ما وقع في اصل الرواية واما اليوم
فلما ظهر الخيانة في الوكلاء وجرى العرف على ان جعلوا التقاضي في التوكيل بالتقاضي مستعملا في المطالبة مجازا وصارت
الحقيقة مهجورة افتى مشايخنا المتأخرون بان الوكيل بالتقاضي لا يملك القبض بالاتفاق بناء على الاصل المقرر المتفق
عليه عند المجتهدين من ان المجاز المتعارف اولى من الحقيقة المهجورة فلم يبق في المقام غبار اصلا قال اي محمد في الجامع
الصغير فان كانا اي الرجلان وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا اي لا يقبضان حق الموكل الا مجتمعين
لانه اي الموكل رضي بامانتهما لا بامانة احدهما وحده واجتماعهما ممكن اي اجتماع الوكيلين على القبض ممكن شرعا فانهما
يصيران قابضين بالتخلية بلا محذور بخلاف الخصومة فان اجتماعهما عليها ليس بممكن شرعا على ما مر اشارة الى قوله
لان الاجتماع فيها مستوفد للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء قال اي القدوري في مختصره والوكيل بقبض الدين
يكون وكيلا بالخصومة عند ابي حنيفة رحمه الله قيد بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع
على ما سيجيء والكلام فيه يجمع الحاصل وهو ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حق الموكل لم يكن وكيلا بالخصومة
لان التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتمليك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد
تتعلق بالعاقد كذا قالوا وسيظهر حكم هذا الاصل في دليل المسئلة ونقل في الفتاوى الصغرى عن مبسوط
شيخ الاسلام خواهرزاده ان الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا اذا كان الوكيل من القاضي كما لو وكله
بقبض ديون الغايب كذا في غاية البيان ثم ان المص اراد ان يبين ثمرة قول ابي حنيفة في هذه المسئلة فقال حتى لو اقيمت عليه
اي على الوكيل بقبض الدين البينة على استيفاء الموكل اي على استيفائه الدين من المديون او ابرائه اي ابراء الموكل المديون
عن الدين اي تقبل البينة عند ابي حنيفة رحمه الله وفي الذخيرة اذا جحد الغريم الدين واراد الوكيل بالقبض ان يقيم البينة
على الدين واراد الوكيل بالقبض ان يقيم البينة هل تقبل بينته على قول ابي حنيفة تقبل وعلى قولهما لا تقبل وقالا لا يكون خصما
اي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون الوكيل بقبض الدين خصما وهو اي قولهما رواية الحسن عن ابي حنيفة وبه قال الشافعي
في الاصح ولاحمد في ظاهر الرواية لان القبض غير الخصومة فلم يكن التوكيل بالقبض توكيلا بالخصومة وليس كل من يؤتمن على المال
يهتدي في الخصومة فلم يكن الرضا بالقبض رضى بها اي بالخصومة ولابي حنيفة رحمه الله انه اي الموكل وكله بالتملك اي وكل الوكيل بقبض الدين
بتملك المقبوض بمقابلة ما في ذمة المديون قصاصا لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها اذ قبض الدين نفسه
اي قبض نفس الدين لا يتصور لانه وصف ثابت في ذمة من عليه الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه استثناء
من قوله لان الديون تقضى بامثالها يعني ان الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما ذكرنا آنفا الا ان فيه
التمليك جعل استيفاء لعين حق الدائن من وجه ولهذا يجبر المديون على الاداء ولو كان تمليكا محضا لما اجبر عليه وكذا اذا ظفر

الدين بجنس حقه حل له الاخذ هذا خلاصة ما ذكره الجمهور في شرح هذا المقام واما صاحب العناية فقال في شرحه لكن
الشرع جعل قبضه استيفاء لعين حقه من وجه لئلا يمتنع قضاء ديون لا يجوز الاستبدال بها والتوكيل بقبض الدين
فانه اذا كان توكيلا بالتملك كان توكيلا بالاستقراض اذ الوكيل يقبض مثل مال الموكل لا عين ماله ثم يتقاصان والتوكيل
بالاستقراض باطل انتهى اقول فيه بحث اذ لا مانع ان يمنع امتناع التوكيل بقبض الدين على تقدير ان لا يجعل قبضه
استيفاء لعين حقه من وجه لجواز تصحيح التوكيل بقبض الدين على ذلك التقدير بجعله رسالة بالاستقراض من حيث
المعنى والرسالة بالاستقراض جائزة وقد افصح عنه صاحب الذخيرة حيث قال وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض
الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بامثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله
على الغريم مثله فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل بقبض الدين
رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لا بد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان
يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لا بد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بان يقول ارسلني
فلان اليك يقول لك اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني فمتى ما ادعينا انه
رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة الى هنا كلامه ثم اعلم ان الامام الزيلعي قد ذكر في شرح الكنز ما ذكره صاحب الذخيرة
من الاشكال والجواب المزبورين وقال هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة ثم قال وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص
في قول ابي حنيفة رحمه الله فانه لو كان رسولا لما كان له ان يخاصم انتهى اقول ليس ذاك بسديد اذ ليس المراد ان الوكيل بقبض
الدين رسول من كل وجه حتى لا يكون خصما بل المراد انه رسول بالاستقراض بالنظر الى قبض مثل الدين ابتداء ووكيل
بالتملك بالنظر الى المقاصة الحاصلة بعد ذلك وكونه خصما حكم مترتب على الثاني دون الاول فلا غبار لجوابه فاشبه
اي الوكيل بقبض الدين الوكيل باخذ الشفعة يعني انه اشبه ذلك في كونه خصما فانه اذا اقام المشتري البينة على الوكيل باخذ
الشفعة على تسليم الموكل الشفعة تقبل والرجوع في الهبة بالجر عطف على اخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالرجوع
في الهبة فانه اذا اقام الموهوب له البينة على الوكيل بالرجوع على ان الموكل الواهب اخذ العوض تقبل والوكيل بالشراء بالجر
عطف على الوكيل باخذ الشفعة اي فاشبه ايضا الوكيل بالشراء فانه خصم يطالب بحقوق العقد ولا يرى لفصله عما قبله باعادة لفظ
الوكيل كثير فائدة والقسمة بالجر عطف على الشراء اي فاشبه ايضا الوكيل بالقسمة فان احد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم
مع شريكه فاقام الشريك البينة عليه بان الموكل قبض نصيبه فانها تقبل والرد بالعيب بالجر عطف على الشراء ايضا
اي فاشبه ايضا الوكيل بالرد بالعيب على البائع فان البائع اذا اقام البينة عليه بان الموكل رضي بالعيب تقبل
وهذه اي مسئلة الكتاب وهي مسئلة الوكيل بقبض الدين وفي بعض النسخ وهذا اي الوكيل بقبض الدين اشبه
باخذ الشفعة اي اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منهما بالوكيل بالشراء وكذا مر جوابه في شروح الجامع الصغير واعلم
ان شراح الهداية قد افترقوا في تفسير كلام المص ههنا وتبيين المراد بالمفضل عليه ههنا فقال صاحب النهاية اي الوكيل
بقبض الدين اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وذكر هذا المعنى صاحب العناية وغاية البيان ايضا لكن

بطريق النقل عن شروح الجامع الصغير بعبارتين فقال صاحب العناية قالوا في شروح الجامع الصغير وهذه اي مسئلة الوكيل
بالقبض اشبه بالوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء وقال صاحب الغاية قالوا في شروح الجامع الصغير ان الوكيل بقبض الدين
اشبه بالوكيل باخذ الشفعة من الوكيل بالشراء وقال تاج الشريعة اي مسئلة الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل
باخذ الشفعة من المسائل الثلثة الاخر وعلل ذلك بان هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا تثبت الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة
وقبض الدين واليه ذهب صاحب معراج الدراية والشارح العيني ايضا ولكن لم يعينوا تلك الثلثة الاخر من المسائل
الاربع الباقية بعد مسئلة الوكيل باخذ الشفعة ثم ان المص بين وجه الاشبهية بقوله حتى يكون خصما قبل القبض اي حتى يكون
الوكيل بقبض الدين خصما عند ابي حنيفة قبل الدين كما يكون اي كما يكون الوكيل خصما قبل الاخذ اي قبل اخذ العقار هنالك اي
في التوكيل باخذ الشفعة والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء فافترقا اقول لا يذهب عليك ان تخصيص الوكيل بالشراء
بالذكر هنا يشعر بكون المراد بالمفضل عليه في قوله فيما مر وهذه اشبه باخذ الشفعة هو الوكيل بالشراء فيكون معناه ان مسئلة
الوكيل بقبض الدين اشبه بمسئلة الوكيل باخذ الشفعة منها بالوكيل بالشراء كما صرح به في شروح الجامع الصغير وذهب اليه فريق من شراح
الهداية واخترناه ايضا في شرحنا هنالك بناء على هذا ولكن بقيت شبهة وهي ان الوكيل ان لم يكن خصما قبل المباشرة في ما وكل به في
المسائل الاربع الباقية ايضا لا يظهر التخصيص مسئلة الوكيل بالشراء بالذكر وجعل المفضل عليه اياها فقط وجه وان كان
خصما قبل ذلك في تلك المسائل ايضا كما هو الظاهر سيما في مسئلة الوكيل بالقسمة اذ لا شك ان الشريك الاخر لو اقام البينة قبل
ان يقسم الوكيل بالقسمة ما وكل بقسمته على ان الموكل قبض نصيبه منه تقبل بينته لا يظهر التخصيص خبرية الوكيل بقبض الدين بالوكيل
باخذ الشفعة وجه اذ يصير الوكيل بقبض الدين ح اشبه بتلك المسائل ايضا من الوكيل بالشراء فتامل وههنا اشارة الى ما طلع لكنه
ارجح بقوله انه وكله بالتملك لان المبادلة تقتضي حقوقا كالتسليم والتسلم وغير ذلك وهو اي الوكيل بالتملك اصيل فيها اي في الحقوق
يعني كان الموكل امر الوكيل بتمليك مثل الدين الذي على المديون بمقابلة ما للمديون عليه فكان مبادلة والمامور بالمبادلة يكون اصيلا في حقوق المبادلة
كذا في النهاية واكثر الشروح وقال صاحب العناية قوله وههنا اشارة الى ما اشرنا اليه تمام ما يتم به دليل الجمع ح وهو ان الوكيل بالتملك
اصيل في الحقوق انتهى لعليك لا اختيار ثم الاختيار واعترض بعض الفضلاء على كلام المص ههنا حيث قال فيه بحث فان المبادلة لم تقع
من الوكيل بل من موكله فكيف يكون الوكيل اصيلا في حقوقها وقال فان قيل المبادلة في التملك باخذ الدين هنا فذلك لم يقع بعد تامل
انتهى اقول ليس هذا بمتوجه لان تعلق بعض الحقوق بشيء قبل وقوعه ليس بعزيز الا يرى ان حق الخصومة ثبت للوكيل باخذ الشفعة
قبل وقوع الاخذ فكذا ههنا وقد اشار اليه المص بقوله وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ
هنالك ثم ان التحقيق ان قبض الدين وان كان مبادلة من جهة كون الديون تقضى بامثالها الا انه استيفاء لعين الحق من
وجه فبشبهه بالمبادلة تعلق به حق الخصومة بالوكيل وبشبهه باخذ عين الحق جاز الخصومة قبل وقوع التملك بقبض الدين ويرشد اليه
ما ذكره الامام قاضي خان في شرح الجامع الصغير حيث قال انما الوكالة وكيلا بالمبادلة وجب ان يلحقه العهدة في المقبوض لانا نقول
انما لا يلحقه العهدة في المقبوض لان قبض الدين وان كان مبادلة من الوجه الذي ذكرنا فهو استيفاء عين الحق من وجه لان الدين
ما لا يجوز الاستبدال به فلشبهه بالمبادلة جعلناه خصما ولشبهه باخذ العين لا يلحقه العهدة في المقبوض عملا بهما انتهى قال

اي محمد رح في الجامع الصغير والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة بالاجماع اي باتفاق اصحابنا والشافعي
واحمد فيه قولان كما في قبض الدين لانه اي لان الوكيل بقبض العين امين محض حيث لا مبادلة ههنا لانه يقبض عين حق
الموكل والقبض اي قبض العين ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له اي للموكل فاقام الذي هو
في يده اي فاقام ذو اليد البينة على ان الموكل باعه اي باع العبد اياه اي ذا اليد وقف الامر حتى يحضر الغايب اي الموكل وهذا
اي وقف الامر استحسان اي مقتضى الاستحسان والقياس اي ومقتضاه ان يدفع اي العبد الى الوكيل ولا يلتفت الى
بينة ذي اليد لان البينة قامت لا على خصم بناء على ان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة فلم تعتبر البينة
وجه الاستحسان انه اي الوكيل خصم في قصر يده اي في حق قصر يده عن العبد فتقبل البينة
مقام الموكل في القبض فيقصر يده اي يد الوكيل يعني تعتبر اثر البينة بمجرد قصر يده لا اثبات البيع حتى لو حضر الغايب وهو الموكل
تعاد البينة على البيع يعني لو حضر الموكل لا بد لذي اليد من اعادة اقامة البينة على البيع في محضر الموكل ولا يكتفي بالبينة
السابقة في اثبات البيع لعدم كون الوكيل خصما من هذه الجهة فصار هذا كما اذا اقام اي ذو اليد البينة على ان الموكل عزله
اي عزل الموكل عن ذلك عن التوكيل بقبض العين فانها تقبل اي فان البينة تقبل هنالك في قصر يده اي في حق قصر يده
كذا ههنا اي فيما نحن فيه قال محمد رح في مختصره وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك كالارتهان فانه اذا ادعى
صاحب اليد الارتهان من الموكل واقام بينة على ذلك تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل كذا في
الشروح قال المص ومعناه اي معنى قول محمد وكذلك العتاق والطلاق اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد
والامة اي واذا اقام العبد والامة البينة على العتاق على الوكيل بنقلهم متعلق بالامة اي واذا اقاموا البينة على الوكيل
بنقلهم الى الموكل يعني اذا اراد الوكيل بنقل المرأة الى زوجها الموكل نقلها اليه واراد الوكيل بقبض العبد والامة ونقلهما الى
مولاهما الموكل قبضهما ونقلهما اليه فاقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها على ان زوجها طلقها واقام العبد والامة
البينة على الوكيل بنقلهما على ان مولاهما اعتقهما فانها تقبل في قصر يده اي في قصر يد الوكيل عنهم حتى يحضر الغايب اي الى ان
يحضر الغايب استحسانا اي تقبل استحسانا واما قياسا فلا تقبل لقيامها لا على خصم دون العتق والطلاق
اي لا تقبل في ثبوت العتق والطلاق لا قياسا ولا استحسانا وذلك لان الوكيل ليس بخصم في اثبات العتق والطلاق
وان كان خصما في قصر يده وليس من ضرورة قصر يده القضاء بالعتق والطلاق على الغايب فتقبل في القصر دون غيره وحاصل
الكلام في هذه المسئلة ان البينة قامت على شيئين على البيع والعتق والطلاق وعلى قصر يد الوكيل ففي حق زوال الملك
عن الموكل قامت لا على خصم وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم فتقبل في حق قصر يده لا في حق ازالة ملك الموكل
قال اي القدوري في مختصره واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي متعلق باقر اي اقر عند القاضي
جاز اقراره عليه اطلق الاقرار والموكل لينتاول ما اسم الموكل المدعي والمدعى عليه فان هذا الحكم وهو جواز اقرار الوكيل
على موكله لا يتفاوت بين ان يكون موكله مدعيا او مدعى عليه سوى ان معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل
فاقرار وكيل المدعي هو ان يقر ان موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على موكله
كذا في النهاية ومعراج الدراية وخلاصة هذا ما قال صاحب العناية سواء كان موكله المدعي باستيفاء الحق او المدعى عليه

فاقر بثبوته عليه ويقرب منه ما قاله صاحب الكافي ولا فرق بين ان يكون الوكيل بالخصومة من المدعي فاقر بالقبض والابراء
او من المدعى عليه فاقر عليه بالحق ولا يجوز عند غير القاضي اي لا يجوز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند غير القاضي عند ابي
حنيفة ومحمد رح استحسانا وقوله يتعلق بقوله جاز وبقوله لم يجز كما ذكر في النهاية فتامل الا انه يخرج عن الوكالة فلا يدفع
المال اليه ولو ادعى بعد ذلك واقام بينة على ذلك لا تسمع بينته وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي وعند احمد رح ومحمد رح
تبطل الوكالة على رواية الاصل لانه زعم انه مبطل في دعواه وقال ابو يوسف رح يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس
القضاء وقال الشافعي رح لا يجوز في الوجهين اي في مجلس القضاء وفي غير مجلسه وبه قال مالك واحمد وابن ابي ليلى وهو اي قول
زفر والشافعي قول ابي يوسف اولا وهو القياس اي مقتضاه لانه اي الوكيل مامور بالخصومة وهي اي الخصومة منازعة ومشاجرة
والاقرار يضاده اي يضاد الخصومة التي هي المنازعة وتذكير الضمير بتاويل ما امر به اي الاقرار مسالمة ومساعدة والامر بالشيء
لا يتناول ضده ولهذا اي ولاجل عدم تناول الامر بالشيء ضده لا يملك اي الوكيل بالخصومة الصلح والابراء وكذا لا يملك
الهبة والبيع كما صرح به في الكافي وغيره فانه في كل واحد من هذه الافعال ما يضاد الخصومة ويصح اي يصح التوكيل بالخصومة
اذا استثنى الاقرار بان قال وكلتك بالخصومة غير جائز الاقرار او بان قال وكلتك بالخصومة بشرط ان لا تقر علي قال صاحب
التسهيل هذه المسألة دليل من يقول ان التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار فوجه الدلالة هو ان التوكيل بالخصومة لو كان مجازا
لمطلق الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة وذلك لان المراد من الجواب اما الاقرار او الانكار
لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل وذلك لا يجوز والدليل على هذا
ان التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا نعلم بهذا ان التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب انتهى كلامه
اقول فيه نظر لانه ان اراد بقوله لان المراد من الجواب اما الاقرار او الانكار لا كلاهما بالاتفاق ان المراد من الجواب اما
الاقرار وحده او الانكار وحده لا ما يعمهما بالاتفاق فلا نسلم ان الامر كذلك اذ المراد من الجواب عند ابي حنيفة ومحمد رح
ما يعم الانكار والاقرار بطريق عموم المجاز دون احدهما عينا كما سياتي بيانه مفصلا وشرحها سيما من الشارح المذكور
وان اراد بذلك ان المراد منه احدهما لا بعينه لا مجموعهما معا في حالة واحدة فهو مسلم اذ لا يصح جمع الانكار والاقرار
معا في جواب قضية واحدة ولكن لا نسلم حينئذ قوله ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء الكل من الكل اذ اللازم حينئذ
انما هو استثناء الجزئي من الكلي كما لا يخفى وقوله والدليل على هذا ان التوكيل بالخصومة غير جائز الانكار لا يصح لما قلنا
ليس بتام ايضا اذ يصح استثناء الانكار في ظاهر الرواية كما يصح استثناء الاقرار نص عليه في الذخيرة وغيرها ثم اقول
وبهذا يظهر فساد ما في كلام صاحب غاية البيان ايضا في هذا المقام حيث قال في تقرير المحل وكذا لو وكله بالخصومة و
استثنى الاقرار فاقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله لبطل الاستثناء
وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز انتهى فانه ان اراد بقوله لان الخصومة شيء واحد
انها امر جزئي لا تعدد فيه اصلا فليس كذلك قطعا وان اراد بذلك انها واحد من حيث المفهوم فهو لا ينافي تعددها
من حيث الافراد وصحة استثناء بعض افرادها هاهنا ضد التوكيل بها كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في حل هذا المقام

معناه

معناه ان الاقرار لو كان من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على
ان لا يقبض الثمن ولا يسلم المبيع انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في حل المقام ولكن اورد عليه حيث قال ولو كان
الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه كما لو استثنى الانكار وكما لو وكل بالبيع على ان لا يقبض الثمن ولا يسلم
المبيع ثم قال وفيه نظر لانه لو لم يتناوله لما صح الاستثناء انتهى اقول نظره ساقط جدا لان عدم التناول لا ينافي
صحة الاستثناء المتصل ومنه الاستثناء المنقطع ويجوز ان يكون مدار صحة استثناء الاقرار من التوكيل بالخصومة
شرعا هو الاستثناء المنقطع فلا يلزم المحذور نعم يرد على الحل المذكور ان من يقول بصحة استثناء الاقرار من
التوكيل بالخصومة ممن يقول بجواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله لا يقول بكون الاقرار من حقوق التوكيل بالخصومة
بل يقول بكونه من جزئياته كما سيظهر من تقرير المص فلا يكون قوله ويصح اذا استثنى الاقرار على المذكور حجة عليه
فلا يتم التقريب واعلم ان الشارح الكاكي والشارح العيني جعلا قول المص ويصح اذا استثنى الاقرار جوابا عن
سوال يرد على قولهم اي على قول زفر والشافعي وقول ابي يوسف اولا وقرر السوال والجواب بما لا حاصل له كما لا يخفى
على الفطن الناظر في كلامهما الا انا تركنا تفصيل ذلك هاهنا بالاملاء اعرضنا عنه على ان حاصل ما ذكره الكاكي في تقرير الجواب ما ذكر
في النهاية ومآل ما ذكره العيني في تقريره ما ذكر في غاية البيان وقد عرفت حالهما وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد
بجواب هو خصومة يعني الانكار لان العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا يختار فيها اي في الخصومة الاهدى فالاهدى
والاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية قال صاحب النهاية هذه مسألة مبتداة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد
يعني لو وكله بالجواب مطلقا فهو على هذا الاختلاف ايضا كذا في المختلفات البرهانية انتهى واقتفى اثره في ذلك اكثر
الشراح الا ان صاحب العناية ذكره بطريق النقل عن النهاية وقال صاحب غاية البيان وكان هذا سهو القلم من صاحب الهداية
ولعله اراد بذلك وكذا فيما وكله بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة على وجه النتيجة يعني لما كان الامر بالشيء لا يتناول
ضده حتى لا يملك الوكيل الصلح وصح استثناء الموكل الاقرار اتجه ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة وهو
الانكار لا بجواب هو مسالمة وهو الاقرار ولاجل ان التوكيل بالخصومة يتقيد بجواب هو خصومة يختار فيها في التوكيل
بالخصومة الاهدى في الخصومة فالاهدى ولا يمكن تصحيح كلام صاحب الهداية باجرائه على ظاهره لانه لو وكله بالجواب
مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار لان المامور به هو مطلق الجواب وهو يشمل الانكار والاقرار جميعا بخلاف
المامور بالخصومة اذ يجوز ان يقول له فر من الخصومة والاقرار مضادة ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح فعلم انه اذا وكله بالجواب لا يتقيد بجواب هو خصومة وقد تحير بعض الشارحين
في هذا المقام فقال هذه مسألة مبتداة لا للاستشهاد الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون الكلام المذكور
من قبيل سهو القلم غلط اذ لا ريب انه مراد بذلك مما لا ينبغي ان ينسب الى من له ادنى تميز فضلا عن ان ينسب الى صاحب الهداية ذلك
الامام النحرير الذي يسمح بمثله الادوار وربما اراد الفلك الدوار فان بين الكلام المذكور وما ظنه مراده بذلك بونا بعيدا من حيث
اللفظ والمعنى فانه يتيسر الحمل على ان يكون احدهما سهوا عن الاخر واما ثانيا فلانا لا نسلم عدم امكان تصحيح كلام

الهداية باجرائه على ظاهره قوله لانه لو وكله بالجواب مطلقا لا يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار قلنا ان اراد به انه لو وكله
بالجواب مطلق لا يتقيد على قول ابي ح ومحمد وقول ابي يوسف اخر بجواب هو خصومة فهو مسلم لكن لا يفيد تصحيح كلام صاحب
الهداية باجرائه على ظاهره بناء على قول زفر والشافعي وقول ابي يوسف اولا كما اراده قطعا وان اراد بذلك انه لو وكله بالجواب
مطلقا لا يتقيد على قول زفر والشافعي وقول ابي يوسف اولا ايضا بجواب هو خصومة فهو ممنوع كيف وقد صرح في المختلفات
البرهانية بان هذه المسئلة ايضا على الاختلاف في التوكيل بالخصومة قوله لان المأمور به هو مطلق الجواب وهو يشمل
الانكار والاقرار جميعا بخلاف المأمور بالخصومة اذ يجوز ان يقول زفر بين الخصومة والاقرار مضادة قلنا لو قررت تقول
في مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا انه لا يتصور الجواب هو خصومة اذ العادة في التوكيل جرت بذلك ولهذا اتحاد الاحد
فالاحد والوكالة تتقيد بدلالة العرف وصرح بهذا التقرير في الكافي والتبيين ولا شك في اتفاق جواب المسئلتين لا
يقتضي اتحاد دليلهما قوله ولهذا صرح علاء الدين العالم في طريقة الخلاف انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح قلنا لا يدل
به علاء الدين العالم في طريقة الخلاف على انه لو وكله بالجواب المطلق فاقر يصح عند جميع الائمة حتى زفر والشافعي فلا يتم
مطلوبه واما صحة ذلك عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف على قوله الاخر فمما لا شك فيه حتى فاندفع ما اشبه عليه ههنا
بحذافيره ثم الانصاف ان كون ما ذكر المص ههنا مسئلة مبتداة خلافية غير موردة على وجه الاستشهاد كما اختاره
جمهور الشراح مما لا يليق بشأن المص اذ هو بصدد بيان ادلة اقوال المجتهدين في مسئلة التوكيل بالخصومة في التروع
في الشروع في مسئلة اخرى اثناء ذكر ادلة هذه المسئلة قبل اتمامها فالوجه عندي ان هذه المسئلة ذكرت ههنا على وجه
الاستشهاد يعني لو وكله بالجواب المطلق صريحا لا يتناول الاقرار بل يتقيد بجواب هو خصومة وهو الانكار بدلالة
العرف ولهذا يختار فيها الاصح لا هو فكيف يتناول الاقرار ما اذا وكله بالخصومة بمجرد احتمال ان يراد بالخصومة
مطلق الجواب مجازا ان مسئلة التوكيل بالجواب مطلقا ايضا على الاختلاف المذكور في التوكيل بالخصومة كما صرح به في المختلفات
البرهانية فلا يحصل بها الزام الخصم لان ذكرها ههنا من قبيل رد المختلف على المختلف فيصير استشهادا تحقيقا
عند المستدل وان لم يكن الزاميا ونظير هذا كثير فان تحيط فتدبر وجه الاستحسان ان التوكيل يعني التوكيل المعرف
المذكور وهو التوكيل بالخصومة صحيح قطعا اي صحيح من كل وجه بالاجماع وصحته بتناوله ما يملكه قطعا اي صحة هذا
التوكيل بتناوله ما يملكه الموكل قطعا لان التوكيل بغير المملوك تصرف في غير ملكه وهو غير صحيح قال صاحب غاية البيان
ولا يلزم على هذا توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر او شرائها فانه يجوز على مذهب ابي ح رح مع ان المسلم لا يملك ذلك
بنفسه لانا نقول ان ذلك مملوك المسلم ضمنا وحكما لتصرف الوكيل وان لم يكن مملوكا قصدا على وجه لا يلحقه اللوم
والاثم في ذلك على انا نقول ان للمسلم ولاية في جنس التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا على وجه يلزمه حكم التصرف فيما يتصرف
بولايته ولا يشترط ان يكون للموكل ولاية في كل الافراد وقد مضى بيان ذلك في اوايل كتاب الوكالة عند قوله ومن
شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام انتهى كلامه اقول في جوابه الثاني بحث لانه لا يدفع
النقض اللازم ههنا بصحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر وشرائها عند ابي ح رح بل يؤيده فانه اذا لم يشترط ان يكون

الموكل ولاية في كل الافراد فجاز عند ابي ح رح بناء على ذلك توكيل المسلم الذمي بما لا يملك بنفسه وهو بيع الخمر
وشراؤها ينبغي ان يجوز عنده فيما نحن فيه ايضا صحة التوكيل بما لا يملكه الموكل بناء على ذلك فلا يتم قوله وصحته
بتناوله ما يملكه قطعا وقال صاحب العناية وان اختلج في ذهنك صحة توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر فتذكر ما تقدم
انتهى اقول الذي تقدم فيه من صاحب العناية هو قوله في اوايل كتاب الوكالة بصدد شرح قول المص ومن شرط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف قال صاحب النهاية ان هذا القيد وقع على قول ابي يوسف ومحمد رح واما على قول
ابي ح فمن شرطها ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف لان المسلم لا يملك التصرف في الخمر ولو وكل به جاز عنده ومنشاء
هذا التوهم ان يجعل اللام في قوله يملك التصرف للعهد اي يملك التصرف الذي وكل به واما اذا جعلت للجنس حتى يكون
معناه يملك جنس التصرف احترازا عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل وهو المراد انتهى اقول ولا يخفى
ان مال هذا ما ذكره صاحب غاية البيان في جوابه الثاني وقد بينا انه لا يدفع النقض ههنا بل يؤيده وذلك
ان ما يملكه الموكل مطلق الجواب المتناول للانكار والاقرار جميعا دون احدهما عينا اي دون احد الجوابين بعينه لانه
ربما يكون احدهما بعينه حراما لان خصمه ان كان محقا يجب عليه الجواب بالاقرار وان كان مبطلا يجب عليه الجواب
بالانكار فلا يملك العين منهما قطعا فلا يصح التوكيل به قطعا بل يصح من وجه دون وجه وحيث صح من كل وجه
علم انه يتناول مملوكه من كل وجه وهو مطلق الجواب الداخل تحته كل واحد منهما وطريق المجاز اي بين الخصومة
ومطلق الجواب موجود على ما بينته ان شاء الله تعالى فيما سياتي عن قريب عند بيان وجه قول ابي ح ومحمد رحمهما الله
في هذه المسئلة فيصرف اليه اي فيصرف التوكيل بالخصومة الى مطلق التوكيل بمطلق الجواب تحريا للصحة قطعا
اي تحريا بالصحة كلام الموكل قطعا فان كلام العاقل يصان عن الالغاء ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف
انه لا يصح جواب عن شبهة زفر والشافعي يعني لا نسلم صحة هذا الاستثناء بل لا يصح على قول ابي يوسف
كما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وفي فصول الفقه ايضا لانه اي لان الموكل لا يملك الاستثناء في
ملكه يستلزم بقاء الانكار عينا وقد لا يحل ذلك كما ذكرنا كذا ذكره في الغاية وكثير من الشروح او لانه من لوازمه اي تحته
الاقرار باعتبار قيامه مقام الموكل لا لانه من الخصومة فيصير ثابتا بالوكالة حكما لها فلا يصح استثناؤه كما لو وكل
بالبيع على ان لا يقبض الوكيل الثمن او لا يسلم المبيع فان ذلك الاستثناء باطل كذا هذا ذكره في الكافي وفي بعض
الشروح وعن محمد انه يصح يعني ولئن سلمنا ان استثناء الاقرار يصح كما قال محمد في ظاهر الرواية لكنه
انما يصح لان للتنصيص اي لتنصيص الموكل على الاستثناء زيادة دلالة على ملكه اياه اي على تملك الانكار
وبيان ذلك انه انما لم يحل له الانكار لجواز ان يكون خصمه محقا فاذا نص على استثناء الاقرار دل على انه
يعلم بيقين ان خصمه مبطل حملا لامر المسلم على الصلاح فيتعين الانكار وعند الاطلاق اي عند اطلاق
التوكيل بالخصومة من غير استثناء الاقرار يحمل على الاولى اي يحمل الكلام على ما هو الاولى بحال المسلم وهو مطلق
الجواب وعنه اي عن محمد انه فصل بين الطالب والمطلوب اي فصل بين المدعي والمدعى عليه في استثناء الاقرار

عند التوكيل بالخصومة فصح استثناؤه في الاول وهو الطالب ولم يصح في الثاني وهو المطلوب لكونه اي
لكون المطلوب مجبورا عليه اي على الاقرار كذا في النهاية وفي العناية ايضا نقلا عن النهاية بعد ذكر ذلك او يقال
لكون المطلوب شخصا مجبرا عليه في الخصومة وتخيير الطالب فيه اي في اصل الخصومة فله ترك احد وجهيها كذا في الكفاية
وذكر في التتمة عن محمد انه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه
يعني ان الوكيل اذا كان من جانب المدعي صح استثناؤه الاقرار لان المدعي لما كان مخيرا بين الاقرار والانكار ادى الا استثنا
فائدة في حقه واما اذا كان من جانب المدعى عليه فلا يصح استثنا الاقرار لانه لا يفيد ذلك لان المدعي ان اثبت
ما ادعاه بالبينة على المدعى عليه او يضطر المدعى عليه على الاقرار بعرض اليمين عليه فيكون مجبورا على الاقرار فكذا
وكيله لان الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله لان النيابة لا تجري في الايمان فلا يفيد استثناء الاقرار
فائدة كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد ذكر ذلك مجملا ولقائل ان يقول المدعي قد يعجز عن اثبات
دعواه بالبينة وقد لا يضطر المدعى عليه الى الاقرار بعرض اليمين لكونه محقا فيكون الاستثناء مفيدا والجواب ان المطلوب
مجبور على الاقرار اذا عرض عليه اليمين وهو مبطل فكان مجبورا في الجملة فلم يكن استثناؤه مفيدا فيه بخلاف الطالب
فانه مخير في كل حال فكان استثناؤه مفيدا الى هنا كلامه واقول في الجواب نظر لانه اذا لم يتعين كون المطلوب مجبورا
على الاقرار بل كان ذلك احتمالا محضا موقوفا على كونه مبطلا لم يتعين عدم الفائدة في استثنائه الاقرار بل كان
ذلك ايضا احتمالا محضا فبمجرد الاحتمال كيف يجوز اساءة الظن بالمسلم والغاء كلام العاقل مع وجوب حمل امر المسلم
على الصلاح وصيانة كلام العاقل عن الالغاء واقول بقي هنا بحث وهو ان الطالب ايضا قد يكون مجبورا على الاقرار لان
اقرار الطالب لا يتصور من حيث انه مدع اذ الدعوى والاقرار متباينان بل متضادان وانما يتصور ذلك من حيث انه
مدعى عليه باستيفاء حقه من خصمه ولا شك ان الطالب من حيث انه مدعى عليه يعرض عليه اليمين فيكون مجبورا
على الاقرار لا يقال المراد ان الطالب من حيث انه طالب اي مدع يصح منه استثناء الاقرار لعدم كونه مجبورا على الاقرار
من هذه الحيثية بل مخيرا بخلاف المطلوب من حيث انه مطلوب اي مدعى عليه فانه قد يكون مجبورا عليه لانا نقول
الطالب من حيث انه طالب لما لم يتصور منه الاقرار قط لم يكن استثناء الاقرار هناك اصلا فضلا عن صحته فليتأمل ثم قال
صاحب العناية ولم يذكر المصنف الجواب عن صورة الصلح والابراء واجيب بانه انما لم يصح صلح الوكيل بالخصومة لان الخصومة ليست
بسبب داع الى الصلح او الى الابراء فلم يوجد مجوز المجاز وفيه نظر فان افضاءها الى الصلح والابراء ان لم يكن اشد
من افضائها الى الاقرار فهو مثله لا محالة وايضا الخصومة والصلح متقابلان فينبغي ان تجوز الاستعارة و
الاولى ان يقال التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب لما ذكرنا ومطلق الجواب اما بلا او بنعم والصلح
عقد آخر يحتاج الى عبارة اخرى خلافا لما وضع للجواب وكذلك الابراء فلا يتناولهما اللفظ الموضوع لمطلق
الجواب لا حقيقة ولا مجازا الى هنا كلامه اقول نظره الاول ساقط جدا اذ لا نسلم ان افضاء الخصومة
الى الصلح والابراء اشد من افضائها الى الاقرار او مثل افضائها اليه كيف والخصم قد يضطر الى الاقرار

عند عرض اليمين عليه بخلاف الصلح والابراء فان الخصم لا يضطر اليهما اصلا بل هو مختار فيهما مطلق على انهما لا
يتحققان باختيار الخصم فقط بل لا بد فيهما من اختيار المتخاصمين معا والى هذا كله اشار المجيب وهو الشارح الاتقاني
في تقرير جوابه حيث قال والجواب عن القياس على الصلح فنقول انما لم يصح صلح الوكيل لان الخصومة ليست بسبب داع الى
الصلح بل هو تصرف مبتدأ يتعلق باختيارهما انتهى فبعد ذلك شروع في بيان مأخذ الاختلاف الواقع بين الائمة
الثلاثة اي بعدما ثبت ان التوكيل بالخصومة ينصرف الى مطلق الجواب وبعدما ثبت جواز اقرار الوكيل بالخصومة على موكله
يقول ابو يوسف يرجح في التسوية بين مجلس القضاء وغيره ان الوكيل قائم مقام الموكل فيقتضي هذا ان يملك ما كان للموكل
ما كان له واقراره اي اقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء لان الاقرار موجب بنفسه وانما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون
موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول فكذا اقرار نائبه اي هو ايضا لا يختص بمجلس القضاء وهما اي
ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقولان في الفرق بين مجلس القضاء وغيره ان التوكيل اي التوكيل بالخصومة تناول جوابا
يسمى خصومة حقيقة وهو الانكار او مجازا وهو الاقرار لما مر انه ينصرف الى مطلق الجواب ومطلق الجواب مجاز عام
يتناول بعموم الحقيقة وهي الخصومة والمجاز وهو الاقرار والاقرار لا يكون خصومة مجازا الا في مجلس القضاء فما كان
منه في غيره فليس خصومة لا حقيقة وهو ظاهر ولا مجازا اذ الاقرار انما يكون خصومة مجازا من حيث انه جواب ولا جواب
في غير مجلس القضاء فلا اقرار يكون خصومة مجازا في غيره فلا يتناوله الجواب الموكل به ثم انه تطرق كون الاقرار من حيث انه
جواب خصومة مجازا كما وعد المصنف بيانه فيما مر بما ذكره هنا بقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه اي
الاقرار خرج في مقابلة الخصومة جوابا عنها فسمي باسمها كما سمي جزاء العدوان عدوانا في قوله تعالى فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم وكما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها كذا في المبسوط والاسرار قال
صاحب العناية فكان مجوزه التضاد وهو مجوز لغوي لما قررنا في التقرير انه لا يصلح مجوزا شرعيا وقال بعض الفضلاء
الظاهر ان مجوزه المشاكلة اقول لا يخفى على من يعرف حقيقة المشاكلة ويتقن النظر في مباحثها ان المشاكلة بمعزل عما نحن فيه
والغاء غرابة تمثيلهم لما نحن فيه بقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم ولكن جواز المشاكلة ايضا في ذينك الموضعين من النظم الشريف لا يقتضي جوازه فيما نحن فيه تامل تقف
او لانه اي الخصومة على تأويل التخاصم كذا في النهاية وغيرها وقال في معراج الدراية وفي بعض النسخ او لانها
سبب له اي للاقرار وقد يسمى المسبب باسم السبب كما يقال صلوة العيد سنة مع انها واجبة باعتبار انها ثبت
بالسنة وكما سمي جزاء السيئة سيئة اطلاقا لاسم السبب على المسبب فكان المجوز السببية قال في العناية وهو مجوز
شرعي نظير الاتصال الصوري في اللغوي كما عرف لان الظاهر اتيانه اي اتيان الخصم بالمستحق فيكون الخصومة
سببا له حيث افضت اليه ظاهرا كذا ذكره تاج الشريعة واختاره العيني فيكون قوله لان الظاهر الخ تعليل لقوله او لانه
سبب له وقيل هو تعليل لقوله والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا بملاحظة القصر في التقييد بقوله في مجلس القضاء
يعني لا الاقرار في غيره فتأمل انتهى ويشعر به تحرير صاحب العناية حيث قال واما اختصاصه بمجلس القضاء فلان الظاهر

اتيانه بالمستحق الخ فتفكر وهو اي المستحق الجواب في مجلس القضاء لا غير فيختص به اي يختص جواب الخصومة
بمجلس القضاء قال صاحب العناية ولو قال لان الواجب عليه اتيانه بالمستحق بدل لان الظاهر كان اوفى بتادية المقصود
انتهى وقال بعض الفضلاء انما لم يقل لان الواجب الخ لتطرق المنع على دعوى الوجوب وسنده ما مر في اول كتاب
الوكالة من الشارح حيث بين حكمها انتهى اقول ليس هذا بشيء لانه مدار على زعم ان ضمير عليه واتيانه في قوله لان الواجب
عليه اتيانه بالمستحق راجع الى التوكيل من حيث انه وكيل وليس كذلك بل هو راجع الى الخصم وهو الموكل حقيقة وان عد الوكيل
ايضا خصما لقيامه مقام الموكل فالوجوب ههنا بحسب حكم الخصومة لا حكم الوكالة ووجوب الجواب على الخصم مما لا يقبل المنع
قطعا وما مر من صاحب العناية في اول كتاب الوكالة وهو جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه انما هو حكم الوكالة وذلك
لا ينافي كون الوجوب المذكور ههنا حكم الخصومة فلا يكاد يصلح سندا للمنع ذلك الا ترى انه يجب على الوكيل كثير
من احكام مباشرة الوكالة كما قالوا كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة وغيرهما فحقوقه يجب على الوكيل دون
الموكل مع اطباقهم على ان حكم الوكالة جواز مباشرة الوكيل ما فوض اليه فالتوفيق في ذلك كله ان الوجوب بحكم ما باشره
والجواز حكم اصل الوكالة فلا تغفل لكن اذا اقيمت البينة على اقراره اي على اقرار الوكيل في غير مجلس القضاء يخرج
من الوكالة هذا استدراك من قوله فيختص به وفيه اشارة الى دفع ما يقال اذا لم يكن الاقرار في غير مجلس القضاء
جوابا كان الواجب ان لا يكون معتبرا ولا يخرج به عن الوكالة ومعناه لكن اذا ثبت انه اقر عند غير القاضي خرج من الوكالة
حتى لا يؤمر اي لا يؤمر الخصم بدفع المال اليه اي الى الموكل لانه صار مناقضا في كلامه حيث كذب نفسه بالقول
الاول والمناقض لا دعوى له قال في الكافي حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه لا يمكن ان يبقى وكيلا بمطلق الجواب لانه
لا يملك الانكار لانه يصير مناقضا في كلامه فلو بقي وكيلا لبقي وكيلا بجواب مقيد وهو الاقرار وما وكله بجواب مقيد
وانما وكله بالجواب مطلقا انتهى وصار اي صار الوكيل المقر في غير مجلس القضاء كالاب والوصي اذا اقر اي اذا اقر واحد
منهما في مجلس القضاء فانه لا يصح اقراره ولا يدفع المال اليه بيانه ان الاب او الوصي اذا ادعى شيئا للصغير فانكر
المدعى عليه وصدقه الاب او الوصي ثم جاء يطلب المال فان اقرارهما لا يصح ولا يدفع المال اليهما لانهما خرجا عن الولاية
والوصاية في حق ذلك المال بسبب اقرارهما بما قال المدعى عليه فكذلك ههنا كذا ذكر في اكثر الشروح والاحسن ما ذكر
في الكفاية من ان الاب او الوصي اذا اقر على اليتيم في مجلس القضاء انه استوفى حقه لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع
المال اليهما بزعمهما بطلان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير انتهى
واعلم ان حاصل هذه المسئلة اعني مسئلة التوكيل بالخصومة على خمسة اوجه الاول ان يوكله بالخصومة ولا يتعرض
لشيء آخر وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار بالاجماع ويصير وكيلا بالاقرار ايضا عند علمائنا الثلثة الثاني
ان يوكله بالخصومة غير جائز الاقرار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالانكار لانه باستثناء الاقرار تبين ان التوكيل ما
تناول نفس الجواب انما تناول جوابا مقيدا بالانكار هكذا ذكر شيخ الاسلام في الاصل وذكر الامام فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع ان هذا الاستثناء على قول ابي يوسف رح لا يصح وعن محمد رح يصح وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي

في شرح

في شرح وكالة الاصل وفي الفتاوى ان استثناء الاقرار من الطالب يصح ومن المطلوب لا يصح عند محمد رح الثالث ان يوكله
بالخصومة غير جائز الانكار وفي هذا الوجه يصير وكيلا بالاقرار ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف رح انه لا يصح الاستثناء الرابع ان يوكله بالخصومة جائز الاقرار عليه وفي هذا الوجه يصير وكيلا
بالخصومة والاقرار حتى لو اقر صح اقراره على الموكل عندنا خلافا للشافعي ويجب ان يعلم ان التوكيل بالاقرار صحيح عندنا
ولا يصير الموكل مقرا بنفس التوكيل عندنا ذكر محمد المسئلة في باب الوكالة بالصلح الخامس ان يوكله بالخصومة غير جائز
الاقرار والانكار ولا رواية في هذا الوجه عن اصحابنا رحمهم الله وقد اختلف المتأخرون فيه بعضهم قالوا
لا يصح هذا التوكيل اصلا لان التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة وجواب الخصومة اقرار وانكار فاذا استثنى
كلاهما لم يفوض اليه شيئا وحكي عن القاضي النيسابوري انه قال يصح التوكيل ويصير الوكيل وكيلا بالسكوت حتى حضر مجلس القضاء
حتى تسمع البينة عليه وانما يصح التوكيل بهذا القدر لان ما هو المقصود للطالب وهو الوصول الى حقه بواسطة اقامة
البينة يحصل بهذا القدر كذلك من الذخيرة ثم اعلم انه لو اقر الوكيل بالخصومة في حد القذف والقصاص لا يصح اقراره لان
التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم في اقرار الوكيل فيورث شبهة
في درء ما يندرئ بالشبهات كذا في التبيين قال اي محمد في الجامع الصغير ومن كفل بمال فوكله صاحب المال بقبضه
اي بقبض المال عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك اي لم يكن الكفيل وكيلا في قبض المال عن الغريم ابدا اي لا بعد براءة الكفيل ولا قبلها
حتى لو هلك المال في يده لم يهلك على الموكل اما بعد البراءة فلانها لما لم تصح حال التوكيل لما سيذكر لم تنقلب صحيحة كمن كفل لغائب
فاجازها بعد ما بلغته فانها لا تجوز عند ابي ح ومحمد رحمهما الله لانها لم تصح ابتداء لعدم القبول فلا تنقلب صحيحة واما قبل البراءة
فلما ذكره بقوله لان الوكيل من يعمل لغيره وهو ظاهر والكفيل ليس من يعمل لغيره فانه عامل لنفسه في ابراء ذمته ولو صححناها
اي لو صححنا الوكالة فيما نحن فيه صار اي صار الوكيل عاملا لنفسه في ابراء ذمته لان قبضه يقوم مقام قبض الموكل
وبقبضه تبرأ ذمة الكفيل فكذا بقبض وكيله فانعدم ركنها اي ركن الوكالة وهو العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام
ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكله المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لا يصير وكيلا لما قلنا فان قيل يشكل هذا برب الدين
اذا وكل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين فانه يصح نص عليه في الجامع الكبير وان كان المديون في ابراء نفسه
ساعيا في فكاك رقبته قلنا ذكر شيخ الاسلام في تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا عن الطالب بابراء نفسه
على ما ذكر في الجامع فكان للمنع فيه مجال كذا في الفوائد الظهيرية ولئن سلمنا ذلك فنقول ان الابراء تمليك بدليل انه يرتد
بالرد فلا يرد علينا نقضا لان كلامنا في التوكيل لا في التمليك كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في الجواب نظر اما في المنع فلان
ما ذكره شيخ الاسلام كيف يصلح للمعارضة لما نص عليه محمد رح في الجامع حتى يكون للمنع فيه مجال واما في التسليم فلان
النقض ليس بنفس الابراء بل فيما مضى من قولهم ان كلامنا في التوكيل لا في التمليك على ان النقض ههنا ليس نفس المسئلة بل دليلها
المذكور فانه جار بعينه في صورة توكيل المديون بابراء نفسه عما عليه من الدين مع تخلف الحكم وهو عدم الصحة هناك
فلا فائدة في دفع ذلك للفرق المذكور اصلا كما لا يخفى اللهم الا ان يقال مرادهم ان التوكيل بالابراء في الصورة المذكورة

تمليك حقيقة وان كان توكيلا صورة وكلامنا في التوكيل الحقيقي لا فيما هو توكيل صورة تمليك حقيقة والدليل
المذكور ايضا انما يجري في التوكيل الحقيقي لان كون الوكيل عاملا لغيره انما هو في ذلك وعيل الى هذا التوجيه تقرير
صاحب الكافي في الجواب عن السؤال المذكور حيث قال فان الداين اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين نص عليه في الجامع
وان كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته قلنا انما يصح لانه تمليك لا لانه توكيل كما في قوله طلقي
نفسك انتهى فتامل قال صاحب الكفاية بعد نقل السؤال والجواب عن الكافي قلت لو كان تمليكا لاقتصر على المجلس ولا يقتصر
انتهى اقول يمكن ان يعارض هذا بانه لو لم يكن تمليكا لما ارتد بالرد كما اشير اليه في ساير الشروح حيث قال ان الابراء تمليك بدليل
انه يرتد بالرد فتدبر ثم ان الامام الزيلعي ذكر السؤال المذكور وجوابه في شرح الكنز على نهج ما ذكر في الكافي بنوع تغيير عبارة
في السؤال والجواب حيث قال فان قيل الداين اذا وكله المديون بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا
في براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما في قوله طلقي نفسك انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال بعد
نقل ذلك عنه فيه بحث لانه ان اراد انه تمليك للدين فممنوع لظهور انه ليس بتمليك الا ان يقال انه من قبيل المبالغة
في التشبيه وان اراد انه تمليك للابراء كما في طلقي نفسك فانه تمليك للطلاق فان التوكيل ايضا تمليك للتصرف في الموكل به
كما علم في الدرس السابق ايضا انتهى اقول يجوز ان يختار كل واحد من شقي ترديده اما الاول فلسقوط منع ذلك باقامة
الدليل عليه بانه لو لم يكن تمليكا للدين بل كان اسقاطا له لما ارتد بالرد فان الاسقاط يتلاشى لا يرتد بالرد على ما عرف وقد اشار
اليه الشراح بقولهم الابراء تمليك بدليل انه يرتد بالرد واما الثاني فلسقوط نقض ذلك بالتوكيل فان التوكيل على ما ترى في
صدر كتاب الوكالة اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم فهو انابة محضة لا تمليك شيء اصلا فقوله فان التوكيل
ايضا تمليك ايضا للتصرف في الموكل به كما علم في الدرس السابق ايضا ممنوع جدا اذ لم يعلم قط لا في الدرس السابق ولا في موضع
آخر ان التوكيل تمليك للتصرف بل هم مصرحون بكونه مقابلا للتمليك في مواضع شتى سيما في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق
ثم قيل ينبغي ان يصح وكالة الكفيل في مسئلتنا لانه عامل لرب الدين قصدا وعامل لنفسه كان وقوعا ضمنا عامل لغيره في الضمان
قد لا تعتبر واجيب بانا لا نسلم ذلك بل العامل لنفسه اصل اذ الاصل ان يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره وقيل لما
استويا في جهة الاصالة ينبغي ان تبطل الكفالة بالوكالة لان الوكالة كانت طارية على الكفالة فكانت ناسخة للكفالة
كما اذا تأخرت الكفالة عن الوكالة فانها تكون ناسخة للوكالة فان الامام المحبوبي ذكر في الجامع الصغير ان الوكيل بقبض
الدين اذا ضمن المال للموكل يصح الضمان وتبطل الوكالة واجيب بان الكفالة تصلح ناسخة للوكالة وتبطلها لا على العكس
لان الشيء جاز ان يكون منسوخا بما هو مثله او فوقه لا بما هو دونه والوكالة دون الكفالة في الرتبة لان الكفالة
عقد لازم لا يتمكن الكفيل من عزل نفسه بخلاف الوكالة فلم يجز ان تكون الوكالة ناسخة للكفالة وان جاز عكسه
قبول قوله اي قبول قول الوكيل ملازم للوكالة هذا دليل آخر على المسئلة تقريره ان الوكالة تستلزم قبول قول الوكيل
لكونه امينا ولو صححناها اي لو صححنا الوكالة ههنا لا يقبل اي لا يقبل قوله لكونه مبرئا نفسه فالتزم بحكم كفالته فانتفى
اللازم وهو قبول قوله فينعدم اي الوكيل الذي هو الملزوم بانعدام لازمه التي هي قبول قوله لان انتفاء اللازم يستلزم

انتفاء الملزوم فيلزم عدمه حال الفرض وجوده وما كان كذلك فهو معدوم وهو نظير عبد مديون اي ما ذكر من مسئلتنا
نظير مسئلة عبد مديون او بطلان الوكالة فيما نحن فيه نظير بطلانها في عبد مديون وفي بعض النسخ ونظيره عبد
مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته اي ضمن المولى مقدار قيمة العبد سواء كان موسرا او معسرا للغرماء ويطالب العبد
بجميع الدين فلو وكله الطالب اي فلو وكل الطالب وهو رب الدين بقبض المال من العبد كان باطلا اي كان التوكيل باطلا
لما بيناه من ان التوكيل يقتضي العمل لغيره وههنا لما كان المولى ضامنا لقيمة العبد كان في مقدارها عاملا لنفسه لانه يبرئ به
نفسه فكان التوكيل باطلا قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى انه وكيل الغايب اي وكيل فلان الغايب في قبض
دينه فصدقه الغريم اي المديون امر اي الغريم بتسليم الدين وفي بعض النسخ بتسليم المال اليه اي الى مدعي الوكالة
لانه اي لان تصديق الغريم اياه اقرار على نفسه لان ما يقتضيه خالص ماله اي لان ما يقتضيه المديون خالص مال المديون
اذ الديون تقضى بامثالها لا باعيانها كما تقدم وتقرر فيما مر واما المديون مثل مال رب الدين لا عينه فكان تصديقه اقرارا على نفسه
ومن اقر على نفسه بشيء امر بتسليمه الى المقر له فان حضر الغايب اي رب الدين فصدقه اي صدق الوكيل فيها والا وان لم يصدقه
دفع اليه اي الى رب الدين الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء اي استيفاء رب الدين حقه حيث انكر الوكالة والقول له
في ذلك قوله اي القول في انكار الوكالة قول رب الدين مع يمينه لان الدين كان ثابتا والمديون يدعي امرا عارضا وهو سقوط
الدين بادائه الى الوكيل ورب الدين ينكر الوكالة والقول قول المنكر مع يمينه واذا لم يثبت الاستيفاء فيفسد الاداء
اي يفسد الاداء الى مدعي الوكالة واداء الدين واجب على المديون فيجب الدفع ثانيا الى رب الدين فيرجع به اي فيرجع
المديون بما دفعه ولا على الوكيل اي على مدعي الوكالة ان باقيا في يده اي ان كان ما دفعه الى الوكيل باقيا في يده لان غرضه
اي غرض المديون من الدفع اي من الدفع الى الوكيل براءة ذمته من الدين ولم تحصل اي لم تحصل البراءة فله ان
ينقض قبضه اي فللمديون ان ينقض قبض الوكيل وان كان ضاع اي ان كان ما دفعه الى الوكيل ضاع في يده لم يرجع
اي المديون عليه اي على الوكيل لانه اي المديون بتصديقه اي بتصديق الوكيل اعترف انه اي الوكيل محق في القبض
والمحق في القبض لا رجوع عليه وهو اي المديون مظلوم في هذا الاخذ اي في الاخذ الثاني وهذه الجملة اعني
قوله وهو مظلوم في هذا الاخذ معطوف على ما في حيز ان في قوله اعترف انه محق في القبض والمعنى ان المديون
بتصديق الوكيل اعترف ايضا اي زعم انه مظلوم في هذا الاخذ الثاني والمظلوم لا يظلم غيره فلا ياخذ المديون
من الوكيل بعد الهلاك قال صاحب العناية فان قيل هذا يقتضي ان لا يرجع عليه اذا كانت العين في يده باقية
ايضا فالجواب ان العين اذا كانت باقية امكن نقض القبض فيرجع بنقضه اذا لم يحصل غرضه من التسليم واما
اذا هلكت فلم يمكن نقضه فلم يرجع عليه انتهى اقول لقائل ان يقول ان المحق في القبض كما لا رجوع عليه ابتداء لا
يتيسر نقض قبضه ايضا بلا رضاه فكيف يرجع بنقضه وان المظلوم كما لا يجوز له ان يتوسل اليه بوسيلة لتنقض القبض
ههنا فلم يتم الجواب المذكور فالجواب الواضح ان الوكيل وان كان محقا في القبض على زعم المديون الا ان قبضه لم يكن
لنفسه اصالة بل كان لاجل الايصال الى موكله بطريق النيابة فلم يكن ما قبضه ملك نفسه فاذا اخذ الدين

من المديون ثانيا ولو كان ظلما في زعم المديون لم يبق للوكيل حق ايصال ما قبضه الى الموكل لوصول حق الموكل اليه بنفسه
من الغريم فان كان عين ما قبضه الوكيل باقية في يده لم يكن رجوع المديون عليه ظلما له اصلا لان ما قبضه لم يكن ملك نفسه
بل كان مقبوضا له لاجل الايصال الى موكله واذا لم يبق له حق الايصال الى المديون يقتضي قبضه بعد ذلك لعدم حصول
غرضه من الدفع اليه بخلاف ما اذا كان عين ما قبضه هالكا فان ما قبضه وان لم يكن ملك نفسه الا ان يده كانت
يد امانة على زعم المديون حيث صدقه في الوكالة وتضمين الامين ظلم لا يخفى ثم ان الامام الزيلعي قال في التبيين ورد
على هذا ما لو كان لرجل الف درهم مثلا على آخر دين على رجل فمات وترك ابنين فاقتسما الالف العين نصفين
فادعى الذي عليه الدين ان الميت استوفى منه الالف في حياته فصدقه احدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بحصته
ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظالمه في الرجوع عليه وظالم هو المصدق بالرجوع بما اخذ المكذب
وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم يزعم انه برئ عن جميع الالف الآن الا ان الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له ان يظلم غيره
وما اخذ الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة ووجه الظاهر ان المصدق اقر على ابيه بالدين لان الاقرار
بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بامثالها فاذا كذبه الآخر واخذ منه حصته لم تسلم له البراءة الا عن حصة
دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فياخذها اصابه بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث الى هنا كلامه قال قال
اي المص البداية الا ان يكون ضمنه عند الدفع هذا استثناء من قوله لم يرجع عليه يعني اذا ضاع في يده لم يرجع عليه يكون ضمنه
عند الدفع وهذا اللفظ روي بالتشديد وبالتخفيف ففي التشديد كان الضمير المستكن في ضمنه مسندا الى المديون والضمير البارز
راجعا الى الوكيل وفي التخفيف على العكس فان معنى التشديد هو ان يجعل المديون الوكيل ضامنا لما ادى الى الوكيل بان يقول له اضمن لي
ما دفعته اليك ومعنى التخفيف هو ان يقول الوكيل للمديون انا ضامن لك ان اخذ منك الطالب ثانيا فانا ارد عليك ما قبضته
منك وعلى كلا الروايتين يرجع المديون على الوكيل لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه اي على رب الدين في زعمهما اي زعم الوكيل
والمديون لان رب الدين في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيا وهذه اي هذه الكفالة كفالة اضيفت الى حالة القبض اي الى
حالة قبض رب الدين ثانيا فتصح اي فتصح هذه الكفالة لاضافتها الى سبب الوجوب وهو قبض رب الدين فصارت بمنزلة
الكفالة بما ذاب له على فلان اي بما يذوب اي يجب له عليه وهذا ماض اريد به المستقبل وقد مر تقريره في كتاب الكفالة ووجه
المشابهة بين المسئلتين كون كل واحدة منهما كفالة اضيفت الى حال الوجوب في المستقبل على المكفول عنه ولو كان الغريم لم
يصدقه اي لم يصدق الوكيل على الوكالة يعني ولم يكذبه ايضا بل كان ساكتا لان فرع التكذيب سيأتي عقيب هذا ودفعه
اليه اي دفع المال الى الوكيل على ادعائه اي بناء على مجرد دعوى الوكيل فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم
على الوكيل لانه اي الغريم لم يصدقه اي الوكيل في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة اي على رجاء ان يجيز
صاحب المال فاذا انقطع رجاؤه اي رجاء الغريم برجوع صاحب المال عليه رجع عليه اي رجع الغريم ايضا على الوكيل وكذا
اذا دفعه اليه اي وكذا الحكم اذا دفع الغريم المال الى الوكيل على تكذيبه اي على تكذيب الغريم اياه اي الوكيل في الوكالة
اي في دعوى الوكالة وهذا اي جواز رجوع المديون على الوكيل في صورة التكذيب اظهر اي اظهر من جواز رجوعه

عليه في الصورتين الاوليين وهما صورة التصديق مع التضمين وصورة السكوت لانه لما رجع عليه في تينك
الصورتين مع انه لم يكذبه فيهما فلأن يرجع عليه في هذه الصورة وقد كذبه فيها اولى بالطريق لانه اذا كذبه
صار الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب والمغصوب منه حق الرجوع على الغاصب قطعا لما قلنا اشارة الى قوله وانما
دفع اليه على رجاء الاجازة لكنه دليل الرجوع لا دليل الاظهرية كما لا يخفى وفي الوجوه كلها يعني الوجوه الاربعة
المذكورة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه بالتصديق مع التضمين ودفعه ساكتا من غير تصديق
ولا تكذيب ودفعه مع التكذيب ليس له اي ليس للغريم ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى
صار حقا للغائب اما ظاهرا وهو في حالة التصديق او محتملا وهو في حالة التكذيب كذا في عامة الشروح اقول
الحق في بيان قوله او محتملا ان يقال وفي حالة التكذيب وحالة السكوت ليتناول كلامه الوجوه المذكورة كلها
وقيل ظاهرا ان كان الوكيل ظاهر العدالة او محتملا ان كان فاسقا او مستور الحال فصار اي صار الحكم في الوجوه كلها
كما اذا دفعه اي كما اذا دفع الغريم المال الى فضولي على رجاء الاجازة من صاحب فان الدافع هناك لم يملك الاسترداد
لاحتمال الاجازة فكذا هنا ولان من باشر التصرف لغرض عطف على قوله لان المؤدى صار حقا للغائب ليس له ان
ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه اي عن حصول غرضه لان سعي الانسان في نقض ما تم من جهته مردود
كما اذا كان الشفيع وكيل المشتري ليس له الشفعة لانه لو كان له الشفعة كان ساعيا في نقض ما تم من جهته وهو
البيع ولم يذكر المص ان الغريم اذا انكر الوكالة هل يحلف ام لا قال الخصاف لا يحلف على قول ابي ح ويحلف على
قولهما لانه ادعى عليه ما لو اقر به لزمه فاذا انكر يحلف لكنه على العلم لانه على فعل الغير ولان الاستحلاف
يبتنى على دعوى صحيحة وما لم تثبت نيابته عن الآمر لم تصح دعواه فلا يستحلف وكذا لم يذكر ما اذا اقر بالوكالة
وانكر الدين والحكم فيه على عكس ذلك يستحلف عنده خلافا لهما على ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده وقد
ثبت الوكالة في حقه باقراره كذا في العناية اخذا من النهاية وذكر في الكافي انه ان دفع الغريم المال الى الوكيل ثم اقام
البينة على انه ليس بوكيل او اقام البينة على اقرار ان الطالب ما وكله لا تقبل ولو اراد ان يستحلفه على ذلك
لا يحلف عليه لان كل ذلك يبتنى على دعوى صحيحة وهي تعتمد لكونه ساعيا في نقض ما اوجبه للغائب وان اقام الغريم
البينة على ان الطالب جحد الوكالة وقبض المال منه تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات
سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب
فيثبت قبض الموكل فيقضى به على الوكيل ضرورة وجاز ان يثبت الشيء ضمنا وضرورة ولا يثبت مقصودا انتهى
ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع ولم يؤمر بالتسليم اليه هذا لفظ القدوري في مختصره علله المص
بقوله لانه اي المودع بفتح الدال اقر له اي للوكيل بمال الغير وهو المودع بكسر الدال فانه اقر ببقاء الوديعة
على ملك المودع والاقرار بمال الغير بحق القبض غير صحيح بخلاف الدين حيث يؤمر المديون بالتسليم الى الوكيل
الذي صدقه في وكالته على الآمر فان الديون تقضى بامثالها فكان اقرار المديون اقرارا على نفسه بحق

المطالبة والقبض كذا ذكره الامام قاضيخان ثم ان الوجوه الاربعة المذكورة في الوكيل بقبض الدين واردة في الوكيل
بقبض الوديعة ايضا فانه قال في المبسوط واذا قبض رجل وديعة رجل فقال رب الوديعة ما وكلتك وحلف
على ذلك وضمن ماله المستودع رجع المستودع بالمال على القابض ان كان عنده بعينه لانه ملكه باداء الضمان
وان قال هلك مني ودفعته الى الموكل فهو التفصيل الذي قلنا ان صدقه المستودع في الوكالة لم يرجع عليه بشيء
وان كذبه او لم يصدقه ولم يكذبه او صدقه وضمنه كان له ان يضمنه لما قلنا انتهى وذكر في الفوائد الظهيرية
في فصل الوديعة اذا لم يؤمر بالتسليم ومع هذا سلم ثم اراد الاسترداد هل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين
في شرح الجامع الصغير انه لا يملك لانه ساع في نقض ما اوجبه وقال ايضا واذا لم يؤمر المودع بالتسليم حتى
ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع
من المودع والمنع من المودع يوجب الضمان فكذا من وكيله انتهى ولو ادعى اي ولو ادعى احد وفي بعض
النسخ فلو ادعى ذكر المص هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري انه الضمير للشان مات ابوه اي اب المدعي
وترك الوديعة ميراثا له اي المدعي لا وارث له اي للميت غيره اي غير المدعي وصدقه المودع وامر بالدفع
اليه اي امر المودع بدفع الوديعة الى ذلك المدعي اقول من العجايب هنا ان الشارح العيني قال في تفسير هذه
المسئلة اي فلو ادعى من قال اني وكيل انه اي ان فلانا مات ابوه الخ ولا يخفى على من له ادنى مسكة ان هذه
المسئلة مسئلة الوارث ذكرت تفريعا على مسئلة الوكالة لبيان الاختلاف بينهما في الحكم وانه لا مجال
لان يكون الضمير المستكن في ولو ادعى او فلو ادعى راجعا الى من قال اني وكيل لان المودع لا يؤمر بالتسليم
الى مدعي الوكالة اصلا قال المص في تعليل هاتين المسئلة لانه اي لان مال الوديعة لا يبقى ماله
اي لا يبقى مال المودع بعد موته اي بعد موت المودع قال صاحب النهاية قاله بالنصب وقال هكذا كان
معربا باعراب شيخي اي لا يبقى مال الوديعة بعد موته اي منسوبا اليه ومملوكا له فكان انتصابه على
تاويل الحال كما في كلمته فاه الى في اي مشافها انتهى وقال معراج الدراية بعد نقل ما في النهاية بعينه
ويجوز الرفع وقال صاحب غاية البيان قوله لا يبقى ماله بالنصب على انه حال كما في قوله كلمته فاه
الى في يعني لا يبقى مال الوديعة مال ابيه بعد موت ابيه انتهى وقال صاحب العناية وروى صاحب النهاية
عن خط شيخه نصب ماله ووجهه بكونه حالا كما في كلمته فاه الى في اي مشافها ومعناه لا يبقى مال الوديعة
مال المودع بعد موته منسوبا اليه ومملوكا له وتبعه غيره من الشارحين واري انه ضعيف لان الحال قيد
للعامل فكلمته بجواز ان يكون مقيدا بالمشافهة اي كلمته في حال المشافهة واما قوله لا يبقى مال الوديعة
مال كونه مالا مملوكا له منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر في اعرابه الرفع على انه فاعل لا يبقى اي لان المودع لا يبقى
ماله بعد موته لانتقاله الى الوارث انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر في موضعه في علم البلاغة
انه يجوز في امثال هذا التركيب ان يعتبر القيد اولا فيؤول المعنى نفي القيد وان يعتبر النفي اولا فيؤول المعنى الى تقييد

النفي ويتعين كل واحد من الاعتبارين بقرينة تشهد له فان اراد بقوله واما قوله لا يبقى مال المودع مال كونه
مالا مملوكا منسوبا اليه فليس له معنى ظاهر انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الاول فممنوع اذ لا يخفى ان نفي بقاء مملوكية
مال الوديعة للمودع وانتسابه اليه بعد موته معنى ظاهر معقول وان اراد بذلك انه ليس له معنى ظاهر على الاعتبار الثاني
فمسلم لكن المراد ههنا هو الاعتبار الاول كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على تقدير رفع ماله على انه فاعل لا يبقى عين ماله
بعد موته وليس هذا بمعنى صحيح اذ المال باق بعينه بعد موته وانما المنتفي بعد موته مملوكيته وانتسابه اليه وذلك
من اضافة المال وما هو المفهوم من النصب على الحالية ولا يفهم من الرفع على الفاعلية اللهم الا ان يدعى انه يؤخذ
من اضافة المال الى الضمير الراجع الى المودع لكنه بعيد جدا فالظاهر في افادة المعنى المقصود هو النصب كما لا يخفى ثم ان
الشارح العيني قد زاد في الطنبور نغمة حيث قال بعد نقل ما في النهاية وما في العناية والصواب الرفع على ما قاله الاكمل
وقد فاته شيء آخر وهو ان من شرط الحال ان تكون من المشتقات والمال ليس منها الا انه يجوز بالتاويل ولو قال صاحب النهاية
ومن تبعه في انه نصب على الحال الا انه حال على تاويل متمولا اي لا يبقى الميت بعد موته متمولا لكان اوجه انتهى اقول ليس زاده
شيء اما قوله ان من شرط الحال ان تكون من المشتقات فممنوع الا يرى الى قول ابن الحاجب وكل ما دل على هيئة صح ان يقع حالا
مثل هذا بسرا اطيب منه رطبا ولئن سلم ذلك بناء على قول جمهور النحاة فجواز كون غير المشتق حالا بالتاويل بالمشتق
مما لم ينكره احد النحاة وقد اعترف به نفسه ايضا حيث قال الا انه يجوز بالتاويل وقد بين صاحب النهاية التاويل
ههنا حيث قال منسوبا اليه مملوكا له فبعد ذلك كان القدح فيه باشتراط كون الحال من المشتقات لغوا من الكلام
واما قوله ولو قال صاحب النهاية ومن تبعه في انه نصب على الحال الا انه حال على تاويل متمولا اي لا يبقى الميت بعد موته
متمولا لكان اوجه فمما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل لان المتمول انما هو المال لا المالك قطعا فكيف يتصور تاويل
المال بما لا يصح حمله عليه وجعله صفة له بل على تقدير ارجاع ضمير لا يبقى الى الميت لا يبقى له ارتباط بالمقام كما لا يخفى
على ذوي الافهام فقد اتفقا اي مدعي الوراثة والمودع وقال العيني اي المدعي للوكالة والمودع اقول
هذا بناء على ضلاله السابق وقد عرفت حاله على انه متعلق باتفقا اي فقد اتفقا على ان مال الوديعة مال الوارث
فلا بد من الدفع اليه قال صاحب التسهيل اقول فيه اقرار على الغير بالموت فينبغي ان لا يؤمر بالدفع حتى يثبت موته
عند القاضي انتهى تامل ولو ادعى اي ولو ادعى احد انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر اي لم يؤمر
المودع بالدفع اليه اي الى مدعي الشراء وهذه المسئلة ايضا ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدوري ولهذا لم يذكرهما
في البداية وقال في تعليلها لانه اي لان صاحب الوديعة ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير اي كان اقرار المودع
لمدعي الشراء اقرارا بملك وهو صاحب الوديعة لانه اي الحي من اهله اي من اهل الملك فلا يصدقا اي مدعي الشراء و
المودع المصدق اياه في دعوى البيع عليه اي على صاحب الوديعة قال صاحب العناية ولقائل ان يقول قد تقدم هاتان
المسئلتان في فصل القضاء بالمواريث فكان ذكرهما تكرارا ويمكن ان يجاب عنه بانه ذكرهما هناك باعتبار القضاء
وههنا باعتبار الدعوى ولهذا صدرهما ههنا بقوله ولو ادعى وهناك بقوله ومن اقر ومع هذا فلا يخلو عن ضعف

لان ايرادهما في باب الوكالة بالخصومة والقبض بعيد المناسبة الحضا كلامه اقول تضعيفه ساقط لان ذكر المسئلة
المتقدمة عليهما وهي مسئلة ادعاء الوكالة بقبض الوديعة اقتضى ذكرهما عقيبها لانه ذكرهما لما اوقع في ذهن السامع
ان الحكم فيهما ايضا كالحكم فيها ام لا ذكرهما المص عقيبها في بابها على سبيل التفريع عليها لازالة الاشتباه ببيان الفرق بينهما
وبين احديهما وبيان الاشتراك في الحكم مع الاخرى فكان ايرادهما في هذا الباب قريب المناسبة قال اي محمد في بيوع
الجامع الصغير فان وكل وكيلا بقبض المال اي ماله وكل رجلا وكيلا بقبض ماله على غريمه فادعى الغريم ان صاحب المال
قد استوفاه فانه اي فان الغريم يدفع المال اليه اي يؤمر بدفع المال الى الوكيل قال المص في تعليله لان الوكالة قد
ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه اي بمجرد دعوى الغريم بلا حجة فلا يؤخر الحق اي حق القبض الى تحليف رب الدين
قال صاحب النهاية فان قيل لا نسلم ان الوكالة قد ثبتت فباي دليل يعلم ثبوت الوكالة ولو قيل بسبب ادعاء المديون ان
صاحب المال قد استوفاه فذلك لا يصلح دليلا على صحة ثبوت الوكالة بل هو دليل على عدم صحة الوكالة لان الدين اذا
كان مستوفى من جانب من له الحق كان التوكيل بالاستيفاء باطلا لا محالة فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى قلنا ادعى
الغريم استيفاء رب الدين دينه كان هو معترفا باصل الحق لا برائه قول المدعى عليه قد قضيتكها اقرار بالدين
عند عوى المدعي ذلك فلا يثبت الدين باقرانه ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب فيقضى عليه بالايفاء
كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالايفاء فكذا عند دعوى الوكيل لان الوكيل
قايم مقام الموكل انتهى اقول جوابه منظور فيه اذ لا كلام في ان ادعاء الغريم استيفاء رب الدين دينه يتضمن الاعتراف
باصل الحق وانما الكلام في ان الوكالة باي دليل ثبتت ومجرد عدم انكار الوكالة لا يقتضي الاعتراف بثبوتها الا يرى
انه لو سكت او تكلم بكلام لا يناسب الحال لا يعد معترفا للوكالة فكيف اذا تكلم بما يشعر بانكار الوكالة وقد اشار اليه
السائل بقوله بل هو دليل على عدم صحة الوكالة الى قوله فكيف تثبت الوكالة بهذه الدعوى فكان الغريم قال انت
لا تصلح للوكالة اصلا بعد استيفاء صاحب المال حقه فضلا عن ان تقع وكيلا منه تدبر وقصد صاحب
العناية دفع السوال المزبور بوجه آخر حيث قال في بيان المسئلة ذكر في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي
ح في الرجل له على الرجل مال فوكل وكيلا بقبض المال واقام الوكيل البينة عليه فقال الذي عليه المال قد
استوفاه صاحبه فانه يقال له ادفع المال ثم اتبع رب المال فاستحلفه ثم قال في شرح قول المص لان الوكالة
قد ثبتت يعني بالبينة لان وضع المسئلة كذلك انتهى اقول للقائل ان يقول لو كان مدار قول المص لان الوكالة
قد ثبتت بل مدار نفس جواب هذه المسئلة على اعتبار قيد اقامة الوكيل البينة على الوكالة في وضع هذه المسئلة
لما وسع للمص [illegible]ته وهدايته ولعامة المشايخ في تصانيفهم المعتبرة ترك ذلك القيد المهم عند تحرير هذه
المسئلة ولا ينبغي ان يدعى كون تركهم اياه بناء على ظهور اعتباره كيف وقد ذهب اعتبار ذلك على كثير من
الثقات كصاحب النهاية وصاحب التبيين وغيرهما حتى ذهبوا الى توجيه آخر في دفع السوال المذكور فلو كان
اعتباره من الظهور بحيث يستغنى عن ذكره في عامة الكتب لما خفي على مثل هؤلاء الاجلاء ويتبع اي يتبع

الغر

الغريم رب المال فيستحلفه اي فيستحلف الغريم رب المال على عدم الاستيفاء رعاية لجانبه اي جانب الغريم
فان حلف مضى الاداء وان نكل يتبع الغريم القابض فيسترد ما قبضه ولا يستحلف الوكيل لانه نائب والنيابة
لا تجري في الايمان وقال زفر يحلفه على العلم فان نكل خرج عن الوكالة والطالب على حجته لان الوكيل لو اقر
بذلك بطلت وكالته فجاز ان يحلف عليه والجواب ان الغريم يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فتحليف الوكيل يكون
نيابة وهي لا تجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على انه لا يعلم استيفاء مورثه لان الحق ثبت للوارث
فالدعوى عليه واليمين بالاصالة كذا في الشروح اخذا من الايضاح قال اي محمد في بيوع الجامع الصغير وان
وكله بالرد بعيب في جارية اي وان وكله برد جارية بسبب عيب فادعى البايع رضى المشتري اي رضاه بالعيب لم يرد
عليه اي لم يرد الوكيل على البايع حتى يحلف المشتري يعني لا يقضي القاضي بالرد عليه حتى يحضر المشتري ويحلف
على انه لم يرض بالعيب بخلاف ما مر في مسئلة الدين حيث يؤمر الغريم بدفع الدين الى الوكيل قبل تحليف
رب الدين قال جماعة من الشراح حيث يؤمر بدفع الدين الى الوكيل بدون تحليف الوكيل اقول ليس هذا معنى
المقام قطعا اذ لا مدخل لعدم تحليف الوكيل في الفرق بين المسئلتين فان الوكيل لا يحلف في شيء منهما
اصلا ثم اعلم انه ذكر في المبسوط الفرق بين مسئلة الدين ومسئلة العيب من وجهين ان في الدين
حق الطالب ثابت بيقين اذ ليس في دعوى الاستيفاء والابراء ما ينافي ثبوت اصل حقه لكنه يدعي الاسقاط
بعد تقرر السبب الموجب فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط واما في العيب فان علم المشتري
بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حقه في الرد اصلا فالبايع لا يدعي مسقطا بل يزعم ان حقه في الرد لم يثبت
اصلا فلا بد من ان يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد عليه والثاني ان الرد بالعيب بقضاء القاضي فسخ
للعقد والعقد اذا انفسخ لا يعود فلو اثبتنا له حق الرد تضرر به الخصم في انفساخ عقده واما قضاء
الدين فليس فيه فسخ عقد فاذا حضر الموكل فاراد ان يحلف يتوصل المطلوب الى قضاء حقه فلهذا المس
بقضاء الدين وهذا الوجه الثاني من الفرق هو الذي اراده المص بقوله لان التدارك ممكن هنالك اي في
مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله اي نكول الموكل عن اليمين اذ القضاء لم
ينفذ باطنا لانه ما قضى الا بحجة التسليم فكان كالقضاء بالاملاك المرسلة كذا في الكافي والكفاية وههنا
اي في مسئلة الرد بالعيب وفي بعض النسخ وفي الثانية اي في المسئلة الثانية وهذه مسئلة الرد
بالعيب غير ممكن اي التدارك غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي ح
كما هو مذهبه لان القضاء في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عنده كما مر في كتاب القضاء وفي كتاب
النكاح ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك اي بعد ان مضى القضاء بالفسخ على الصحة لانه اي لان الاستحلاف
لا يفيد فائدة لان الفسخ ولا يرد بالنكول لم يبق في الاستحلاف فائدة قطعا قال صاحب معراج الدراية
في تفسير قول المص بعد ذلك اي بعد نكول الموكل وتبعه الشارح العيني اقول هذا تفسير فاسد اذ يصير معنى المقام

ح ولا يستحلف المشتري عنده بعد نكول المشتري وهذا من قبيل الغموض الكلام كما لا يخفى على الفطن وفي
الذخيرة وان لم يكن للبايع بينة على رضى الآمر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البايع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى
الرضا واراد اخذ الجارية فابى البايع ان يدفعها وقال نقض القاضي البيع فلا سبيل لك فان القاضي لا يلتفت
الى قول البايع ويرد الجارية على الآمر لان الآمر مع البايع تصادقا على ان الجارية ملك الآمر لان البايع ادعى رضى
الآمر بالعيب ولزوم الجارية اياه وصدقه الآمر في ذلك فاستند التصديق الى وقت الاقرار وثبت هذا التصادق
ان القاضي اخطأ في قضائه بالرد وان قضاءه بالرد نفذ ظاهرا لا باطنا فبقيت الجارية على حكم ملك الآمر في الباطن
فكان للآمر ان ياخذها بعض مشايخنا قالوا هذا على قول محمد رح فاما على قول ابي ح لا سبيل للآمر على الجارية و
بعضهم قالوا هذا قول الكل وهو الاصح ووجهه ان نقض القاضي هنا البيع لم يكن بناء على دليل موجب للنقض وانما
كان بجهله بالدليل المسقط للرد وهو رضى الآمر بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه وفي مثل هذا لا ينفذ القضاء باطنا
كما لو قضى في حادثة باجتهاده وثمة نص بخلافه انتهى وهكذا ذكر في المبسوط وشروح الجامع الصغير ايضا ونقل
في النهاية ومعراج الدراية عن تلك الكتب ثم ان صاحب العناية ذكر ذلك هنا على وجه الاعتراض والجواب حيث
قال واعترض بان الوكيل اذا ردها على البايع بالعيب ثم حضر المشتري وادعى الرضى بالعيب واسترد الجارية و
قال البايع لا سبيل لك عليها لان القاضي نقض البيع فانه لا يلتفت الى قول البايع ولو كان القضاء ماضيا على
الصحة لم ترد الجارية على المشتري واجيب بان الرد مذهب محمد فاما على قول ابي ح رح فلا سبيل للآمر على الجارية
سلمنا ان هذا قول الكل لكن النقض هنا لم يوجبه دليل وانما كان للجهل بالدليل المسقط للرد وهو رضى الآمر
بالعيب ثم ظهر الدليل بخلافه بتصادقهما في الآخرة على وجود الرضى من المشتري وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنا
كما لو قضى باجتهاده وثمة نص بخلافه وقالوا هذا اصح انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره في الجواب بطريق التسليم لا
يدفع الاعتراض بل يقويه لانه اذا جاز نقض القضاء هنا عند ابي ح رح ايضا باي سبب كان تعين ان القضاء
بالفسخ هنا لم يكن ماضيا على الصحة عنده ايضا فلا يتم الدليل المذكور للفرق بين المسئلتين فتامل فاما عندهما
اي عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قالوا اي المشايخ يجب ان يتحد الجواب على هذا اي على الاصل المذكور في الفصلين
اي في فصل الدين وفي فصل الرد بالعيب ولا يؤخر القضاء بالرد الى تحليف المشتري كما لا يؤخر القضاء
بدفع الدين الى تحليفه بالدين لان التدارك ممكن اي في الفصلين معا عندهما لبطلان القضاء
يعني ان عدم التأخير [illegible] في فصل الدين انما كان لان التدارك ممكن عند ظهور الخطا في القضاء
باسترداد ما [illegible] وجد في [illegible] لان قضاء القاضي في مثل ذلك عندهما انما
ينفذ ظاهرا لا باطنا فاذا ظهر خطأ القاضي عند نكول المشتري ردت الجارية عليه فلا يؤخر الى التحليف وقيل
الاصح عند ابي يوسف رح ان يؤخر اي القضاء في الفصلين لانه اي لان ابا يوسف رح يعتبر النظر اي النظر
للبايع كذا في الشروح اقول الاولى ان يقال اي النظر للخصم ليكون انسب بالتعميم للفصلين كما ستكشف لك

حتى يستحلف اي ابو يوسف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البايع يعني ان من مذهب ابي يوسف رح انه
ان القاضي لا يرد المبيع على البايع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد ما لم يستحلف بالله ما رضيت بهذا العيب
وان لم يدع البايع فاذا كان المشتري او رب الدين غائبا فاولى ان لا يرد عليه ما لم يستحلف صيانة
لقضائه عن البطلان ونظرا للبايع والمديون فينتظر النظر اي فينتظر في الفصلين نظرا للبايع
والمديون قال في النهاية فينتظر النظر اي للبايع فعلى هذا ينبغي ان ينتظر في الدين نظرا للغريم انتهى
قال في غاية البيان فعلى هذا ينتظر عنده في الدين ايضا نظرا للغريم وهذا معنى قوله فينتظر النظر انتهى
وقال في العناية لانه يعتبر النظر للبايع حتى يستحلف المشتري ان كان حاضرا من غير دعوى
البايع فينتظر للنظر له اذا كان غايبا انتهى اقول لا يخفى ما في كل واحد منها من تخصيص معنى نقل الكلام
بصورة الفصلين من غير ضرورة داعية اليه فالوجه ما قررناه فتبصر قال اي محمد في الجامع الصغير
ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله اي لينفقها عليهم فانفق عليهم عشرة من عنده اي من مال نفسه
فالعشرة بالعشرة اي فالعشرة التي انفقها الوكيل من مال نفسه بمقابلة العشرة التي اخذها من الموكل
يعني لا يكون الوكيل متبرعا فيما انفق بل ما اخذه من الموكل يصير ملكا له قال العلامة الاتقاني هذا اذا كانت
عشرة الدافع قائمة وقت شراء النفقة وكان يضيف العقد اليها او كان مطلقا لكن ينوي تلك العشرة اما
اذا كانت عشرة الدافع مستهلكة او كان يشتري النفقة بعشرة نفسه يضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه
ويكون متبرعا بالانفاق لان الدراهم تتعين في الوكالة وكذا لو اضاف العقد الى غيرها كذا ذكر في النهاية
ومعراج الدراية وقال في الكفاية بعد ذلك وقيل لا تتعين عند العامة لكن تتعلق الوكالة ببقائها بخلاف
المضاربة والشركة حيث تتعين اتفاقا فيهما قال المص في تعليل ما في الكتاب لان الوكيل بالانفاق وكيل
بالشراء والحكم فيه اي في الوكيل بالشراء ما ذكرناه من رجوع الوكيل على الموكل بما ادى من الثمن وقد قررناه يعني في باب
الوكالة بالبيع والشراء عند قوله واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه
انعقدت بينهما مبادلة حكمية فهذا اي ما نحن فيه من التوكيل بالانفاق كذلك لان الوكيل بالانفاق على الاهل
قد يضطر الى شراء شيء يصلح لنفقتهم ولا يكون مال الموكل معه في تلك الحالة فيحتاج الى ان يؤدي ثمنه من مال
نفسه فكان في التوكيل بذلك تجويزا للاستبدال واعلم ان محمدا لم يذكر في الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر فيه
مسئلة قضاء الدين فقال واذا دفع الرجل الى الرجل الف درهم فقال ادفع [illegible] قضاء فقضى فدفع الوكيل
غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس ان يدفع ال[illegible] الموكل ويكون [illegible] في القياس
في ذلك ولكن استحسن ان اجيز الى هنا لفظ الاصل وانما ذكر مسئلة الانفاق في الجامع الصغير ولكن لم يذكر
القياس والاستحسان فيه فقالوا في شرحه هذا الذي ذكره استحسان والقياس ان يردها على الموكل ان
كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر رح وهذا معنى قول المص وقيل هذا استحسان وفي القياس

ليس له ذلك ويصير متبرعا اي ليس للوكيل انفاق عشرة نفسه بمقابلة عشرة الموكل بل اذا انفق عشرة
نفسه يصير متبرعا فيما انفق ويرد الدراهم المأخوذة من الموكل عليه وان استهلكهما ضمن وجه القياس
تتعين في الوكالات حتى لو هلكت قبل الانفاق بطلت الوكالة فاذا انفق من مال نفسه فقد انفق بغير امر
الموكل فيصير متبرعا واما وجه استحسان فما ذكره المص فيما مر آنفا بقوله لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء الخ
وقالوا في شروح الجامع الصغير ايضا من المشايخ من قال ليس في قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس
والاستحسان اللذان ذكرهما محمد رح في الاصل اما الانفاق فعينه شراء فورد فيه القياس والاستحسان
بل صح ذلك قياسا وقياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما انفق قياسا واستحسانا وهذا معنى قول
المص وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء هذا وجه القياس يعني لما لم يكن قضاء الدين بشراء
لم يكن الامر راضيا بثبوت الدين في ذمته للوكيل فلو لم يجعل متبرعا لالزمناه دينا لم يرض به فجعلناه متبرعا قياسا
ووجه الاستحسان ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بقوله لان المأمور
بقضاء الدين مأمور بشراء ما في ذمة الامر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه لم القبض
لا انتهى فاما الانفاق فانه يتضمن الشراء لان الامر بالانفاق قام مقام شراء الطعام والشراء لا يتعلق بعين الدراهم
الموضوعة بل بمثلها في الذمة ثم ثبت له حق الرجوع على الامر وكان راضيا بثبوت الدين فلم يجعل متبرعا قياسا ايضا
فلا يدخلانه اي فلا يدخل القياس والاستحسان في الانفاق بل يكون فيه حكم القياس كحكم الاستحسان في
ان الوكيل لا يكون متبرعا بالانفاق من مال نفسه

باب عزل الوكيل

اخر العزل اذ العزل يقتضي سبق الثبوت فناسب ذكره آخرا قال اي القدوري في مختصره وللموكل ان يعزل
الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه اي حق الموكل فله ان يبطله اي فللموكل الذي هو صاحب الحق ان يبطل حقه الا اذا تعلق به
اي بالوكالة ذكر الضمير بتأويل كونها حقا حق الغير فحينئذ ليس له ان يعزله بلا رضى ذلك الغير وذلك بان كان وكيلا
بالخصومة بطلب من جهة الطالب اي بالتماس من جهة المدعي لما في العزل في هذه الصورة ابطال حق الغير وهو
ان يحضر مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه وابطال حق الغير لا يجوز قيد بالطلب لانه لو لم يكن وكيلا
بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا وقيد بكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة
المطلوب اي المدعى عليه ووكل الطالب فله عزله سواء كان المطلوب حاضرا او غائبا ثم اعلم ان صحة العزل انما
كان بطلب من جهة الطالب فيما اذا كان العزل عند غيبة الطالب واما اذا كان عند حضوره فيصح العزل لانه
رضي به الطالب وهذه القيود مستفادة من صريح [illegible] الذخيرة فانه قال فيها واذا عزل الوكيل حال غيبة
الخصم فهو على وجهين الاول ان يكون الوكيل وكيل الطالب وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان المطلوب غائبا
لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه لان خصومة الوكيل حق الطالب وابطال الانسان حق نفسه صحيح من غير
ان يتوقف على حضرة غيره والوجه الثاني ان يكون الوكيل وكيل المطلوب وانه على وجهين ايضا الاول ان يكون

الوكيل من غير التماس احد وفي هذا الوجه العزل صحيح وان كان الطالب غائبا والوجه الثاني اذا كان التوكيل بالتماس
احد اما الطالب واما القاضي وفي هذا الوجه ان كان الوكيل غائبا وقت التوكيل ولم يعلم بالتوكيل صح عزله على كل حال
لان هذه الوكالة غير نافذة لانه لا نفاذ لها قبل علم الوكيل فكان العزل رجوعا وامتناعا فيصح وهذا على الرواية
التي شرط علم الوكيل لصيرورته وكيلا وان كان الوكيل حاضرا وقت التوكيل او كان غائبا ولكن قد علم بالوكالة
ولم يردها فان كانت الوكالة بالتماس الطالب لا يصح عزله حال غيبة الطالب ويصح حال حضرته رضي به الطالب او لم يرض
لان بالتوكيل ثبت نوع حق للطالب قبل الوكيل وهو حق ان يحضر مجلس الحكم فيخاصمه ويثبت حقه عليه وبالعزل
حال غيبة الطالب لو صح العزل يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل والمطلوب ربما يغيب قبل ان
يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا فيبطل حقه اصلا واما اذا كان الطالب حاضرا فحقه لا يبطل اصلا لانه
ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع المطلوب ويمكنه ان يطالب من المطلوب بان ينصب وكيلا آخر الى
هنا لفظ الذخيرة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واعلم ان الوكيل ان كان للطالب فعزله صحيح حضر المطلوب
او لا لان الطالب بالعزل يبطل حقه وهو لا يتوقف على حضور غيره وهو المذكور اولا وان كان للمطلوب فان لم يكن بطلب
من جهة الطالب او من يقوم مقامه فكذلك وان كان فاما ان علم الوكيل بالوكالة او لا فان لم يعلم فكذلك لانه
لا نفاذ للوكالة قبل علم الوكيل فكان العزل امتناعا ولهذا لم يذكره المص وان علم ولم يردها لم يصح في غيبة الطالب
لان بالتوكيل ثبت له حق احضاره في مجلس الحكم واثبات الحق عليه وبالعزل حال غيبته يبطل ذلك وهو المذكور
في الكتاب مستثنى ويصح بحضرته لان الحق لا يبطل لانه ان كان لا يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه مع الموكل
ويمكنه طلب نصب وكيل آخر منه ولم يذكره المص لان دليله يلوح اليه لانه قال لما فيه من ابطال حق الغير
وههنا لا ابطال كما ذكرناه انتهى كلامه واعترض بعض الفضلاء على قوله وهو المذكور اولا واجاب حيث قال فيه
بحث فان المذكور اولا يعمه وعزل الوكيل بالبيع والشراء مثلا لعموم كلام القدوري وجوابه ان القصر
اضافي اي لا عزل وكيل المطلوب انتهى اقول جوابه ليس بتام فان المذكور اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل
الوكيل عن الوكالة يعم عزل وكيل المطلوب ايضا سيما الذي لم يكن بطلب من جهة الطالب او من يقوم مقامه فلا يتم التوجيه
بحمل القصر على الاضافي بمعنى لا عزل وكيل المطلوب ثم اقول الحق الصريح ان كلام القدوري الذي ذكره المص ههنا
اولا وهو قوله وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة يعم جميع الصور التي ذكرها صاحب العناية بطريق التقسيم والتفصيل
وقد استثنى المص من ذلك صورة واحدة وهي عزل من كان وكيل المطلوب بطلب من جهة الطالب فبقي ما عدا سائر
الصور تحت عموم المستثنى منه بلا ريب و[illegible] تعليل الذي [illegible] الوكالة حقه
فله ان يبطله فما زعمه الشارح المذكور من كون المذكور اولا مقصورا على صورة عزل وكيل الطالب وكون بعض صور
عزل وكيل المطلوب غير مذكور في الكتاب اصلا سهو بين فصار اي صار التوكيل الذي كان بطلب من جهة الطالب
كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اي كالوكالة المشروطة في عقد الرهن بان وضع الرهن على يدي عدل وشرط

فى الرهن ان يكون العدل والمرتهن مسلطا على بيع الرهن عند حلول الدين فانه اذا اراد الراهن ان يعزل الوكيل
عن الوكالة بالبيع ليس له ذلك لان البيع صار حقا للمرتهن وبالعزل يبطل هذا الحق كما ياتى تفصيله فى كتاب الرهن
وكذا اذا تعلق حق الوكيل بعين من اعيان الموكل لا يملك اخراجه عن الوكالة نحو ان امره ان يبيع ويستوفى الدين
من ثمنه كذا فى النهاية نقلا عن الذخيرة قيل من اين وقع الفرق بين الوكيل فى الخصومة بطلب من جهة الطالب
وبين الوكيل الذى ثبت وكالته فى ضمن عقد الرهن حيث يملك الموكل فى الاول عزل الوكيل بحضرة الخصم وان
لم يرض به الخصم ولا يملك فى الثانى عزله حال حضرة المرتهن اذا لم يرض به المرتهن مع ان فى كل منهما تعلق حق الغير
بوكالة الوكيل ومع وجود هذه المفارقة كيف شبه هذا بذلك واجيب بان الفرق بينهما من حيث ان العزل لو صح
فيما نحن فيه حال حضرة الطالب لم يبطل حق الطالب اصلا لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب واما فى مسئلة الرهن
فلو صح العزل حال حضرة المرتهن بطل حقه فى البيع اذ لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع واما وجه التشبيه فهو تعلق
حق الغير بوكالة الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل فى غيبته قال اى القدورى فى مختصره فان
لم يبلغه العزل اى فان لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل اياه فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم اى حتى يعلم الوكيل عزله
وهذا عندنا وبه قال الشافعى فى قول ومالك فى رواية واحمد فى رواية وقال الشافعى فى الاصح ينعزل وبه
قال مالك فى رواية واحمد فى رواية لان نفوذ الوكالة لحق الموكل فهو بالعزل يسقط حق نفسه والمرء ينفرد
باسقاط حق نفسه الا يرى انه يطلق زوجته ويعتق عبده بغير علم منهما ولان الوكالة للموكل لا عليه
فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به كان ذلك عليه من وجه وذلك لا يجوز ولكنا نقول العزل خطاب ملزم للوكيل
بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فان اهل قبا كانوا يصلون
الى بيت المقدس بعد الامر بالتوجه الى الكعبة وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا وكذلك
كثير من الصحابة رضى الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك وفيه نزل قوله تعالى ليس على
الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا وهذا لان الخطاب مقصود للعمل ولا يتمكن من العمل ما
لم يعلم به ثم ان الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المص بقوله لان فى العزله اى فى عزل الوكيل من غير علمه اضرارا به
اى بالوكيل من وجهين احدهما ما اشار اليه بقوله من حيث ابطال ولايته فان فى ابطال ولايته تكذيبا له
لان الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء ان له ولاية ذلك بالوكالة فوقوع عزله من غير علمه تكذيب له فيما ادعاه
ولا يتهم بالعزل تكذيبا لانسان فيما يقول من غير عليه لا محالة والثانى ما اشار اليه بقوله او من حيث رجوع الحقوق اليه
اى الى الوكيل فانه يصرف من ... يرجعها اليه فينعقد ... لو كان وكيلا بالشراء ويسلم المبيع ان كان وكيلا
بالبيع فلو كان ينعزل قبل العلم كان التصرف واقعا له فيضمنه اى فيضمن ما نقده وما سلمه فيتضرر به والضرر
مدفوع شرعا ثم ان الوجه الاول عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشراء وغير ذلك واما
الوجه الثانى فمختص بالتصرفات التى يرجع فيها الحقوق الى الوكيل دون الموكل كالبيع والشراء ونحوهما ومن هذا قال

قال المص ويستوى الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول يعنى ان الوكيل بالنكاح وغيره سيان فى الحكم المذكور وهو عدم
انعزال الوكيل قبل العلم بالعزل نظرا الى الوجه الاول وفى الذخيرة وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير
علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى وهكذا ذكر فى ساير معتبرات الفتاوى قال فى المحيط البرهانى واذا جحد
الموكل الوكالة وقال لم اوكله لم يكن ذلك عزلا هكذا ذكر فى الاجناس فى مسايل البيوع وفى مسايل الغصب
من الاجناس ايضا اذا قال اشهدوا انى لم اوكله فلانا فهذا كذب وهو وكيل لا ينعزل وبعض مشايخنا
ذكروا فى شروحهم ان جحود الموكل الوكالة عزل للوكيل وذكر شيخ الاسلام فى شرح كتاب الشركة ان جحود ما عدا
النكاح فسخ انتهى وهكذا ذكر فى الذخيرة ايضا قال المص وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة فى المخبر
اشار به الى ما ذكره فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضى بقوله ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد
عنده شاهدان او رجل عدل الخ فلا نعيده لعدم الاحتياج الى الاعادة اعلم ان الوكالة تثبت بخبر الواحد حرا كان او عبدا
عدلا كان او فاسقا رجلا كان او امراة صبيا كان او بالغا وكذلك العزل عندهما وعند ابى حنيفة لا يثبت العزل الا بخبر الواحد
العدل او بخبر الاثنين اذا لم يكونا عدلين ثم ان هذا الاختلاف فيما اذا لم يكن المخبر على وجه الرسالة واما اذا كان على
وجهها فيثبت بالعزل بالاتفاق كائنا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا نص
عليه فى البدايع وقال فى تعليله لان الرسول قائم مقام المرسل معبر عنه فيصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اى
صفة كان قال اى القدورى فى مختصره وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا بالباء المكسورة
اى دائما ومنه الحمى المطبقة اى الدائمة التى لا تفارق ليلا ولا نهارا وقيل مطبقا اى مستوعبا من اطبق الغيم السماء اذا
استوعبها ولحاقه بفتح اللام اى وتبطل بلحاق الموكل بدار الحرب مرتدا وفى الذخيرة قالوا ما ذكر من الجواب فى الجنون
المطبق محمول على ما اذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك الموكل العزل فى كل ساعة وزمان كالوكيل بالخصومة من جانب الطالب
واما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يملك الموكل العزل كالعدل اذا سلط على بيع الرهن وكان التسليط مشروطا فى عقد
الرهن فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل وان كان الجنون مطبقا وهذا لان الوكالة اذا كانت غير لازمة يكون لبقائها
حكم الانشاء ولو انشا الموكل الوكالة بعد ما جن جنونا مطبقا لا يصح فكذا لا تبقى الوكالة اذا صار الموكل بهذه
الصفة فاما اذا كانت الوكالة لازمة بحيث لا يقدر الموكل على عزله لا يكون لبقاء الوكالة حكم الانشاء وكان الوكيل فى هذه
الوكالة بمنزلة المالك من حيث انه لا يملك الموكل عزله ومن ملك شيئا من جهة غيره ثم جن المملك فانه لا يبطل ملكه كما
لو ملك عينا فكذا اذا ملك التصرف وبهذا الطريق اذا جعل ... ثم جن ... انتهى وفى
غاية البيان قال فى التتمة والفتاوى الصغرى ... لا يعزله كالوكيل
فى باب الرهن والامر باليد للمراة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل
بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا انتهى اقول فى المنقول
عن التتمة والفتاوى الصغرى اشكال لان الظاهر من عبارته ان يكون الامر باليد للمراة من باب التوكيل وليس كذلك

فانه من باب التمليك لا التوكيل على ما تقرر فيما مر في باب تفويض الطلاق من كتاب الطلاق بخلاف عبارة الذخيرة كما
لا يخفى على المتامل ثم اقول يتوجه هنا شيء وهو ان تقسيمهم الوكالة على اللازمة وغير اللازمة وحملهم الجواب في الجنون
المطبق على الثانية دون الاولى ينافي ما ذكروا في صدر كتاب الوكالة من ان صفة الوكالة هي انها عقد جايز غير لازم
حتى يملك كل واحد من الموكل والوكيل العزل بدون رضى صاحبه اذ الظاهر ان المذكور هناك صفتها العامة لجميع انواعها
اللهم الا ان يقال الاصل في الوكالة عدم اللزوم واللزوم فيما ذكره القسمين المذكورين لعارض هو تعلق حق الغير به
على عكس ما قالوا في البيع بالخيار كما سياتي فتامل قال المص في تعليل مسئلة الكتاب لان التوكيل تصرف غير لازم
وقال صاحب العناية في تعليل هذه المقدمة اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده على الرضى من الجانبين وههنا ليس كذلك
لان كلا منهما ينفرد في فسخها فان للوكيل ان يمنع نفسه عن الوكالة وللموكل ان يمنع الوكيل عنها انتهى وقد سبقه
تاج الشريعة الى هذا التعليل اقول فيه خلل لان توقف الوجود على الرضى من الجانبين متحقق في كل عقد لازما كان
او غير لازم وانما اللازم ما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين فقولهما اذ اللزوم عبارة عما يتوقف وجوده
على الرضى من الجانبين ليس بصحيح والصواب ان يقال اذ التصرف اللازم عبارة عما يتوقف فسخه على الرضى من الجانبين
وههنا ليس كذلك الخ فيكون لدوامه اي لدوام التوكيل حكم ابتدائه لان التصرف اذا كان غير لازم كان المتصرف بسبيل من
فسخه في كل لحظة من لحظات دوامه فلما لم يفسخه جعل امتناعه عن الفسخ عند تمكنه منه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من
جنسه انزالا للمتمكن مكان المبتدئ والمنشئ كما قالوا في قوله تعالى اولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فصار كانه
يتجدد عقد الوكالة في كل ساعة فينتهي فكان كل جزء منه بمنزلة ابتداء العقد فلا بد من قيام الامر اي فلا بد من قيام امر الموكل
بالتوكيل في كل ساعة اذا كان لا بد من امره بذلك في ابتداء العقد فكذا فيما هو بمنزلته وقد بطل اي امر الموكل بهذه العوارض
وهي الموت والجنون والارتداد فان قيل البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع بالموت بل يتقرر ويبطل الخيار
قلنا الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الاصل وبطل العارض كذا في الشروح
وشرط اي شرط في بطلان الوكالة ان يكون الجنون مطبقا لان قليله اي قليل الجنون بمنزلة الاغماء فلا تبطل به الوكالة
كما لا تبطل بالاغماء وحد المطبق اي حد الجنون المطبق شهر عند ابي يوسف رح وروى ذلك ابو بكر الرازي عن ابي حنيفة
اعتبارا بما يسقط به الصوم اي صوم شهر رمضان وقال في الواقعات الحسامية في باب البيوع الجائزة والمختار ما قال
ابو حنيفة رح انه مقدر بالشهر لان ما دون الشهر في حكم العاجل فكان قصيرا والشهر فصاعدا في حكم الآجل فكان طويلا
وعنه اي عن ابي يوسف اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار اي فصار من جن في هذه المدة
كالميت فلا يصلح للوكالة وقال محمد رح حول كامل قال الاتقاني في الاجناس قال ابن سماعة في نوادره قال محمد في قوله
الاول حتى يجن يوما وليلة فيخرج الوكيل من الوكالة ثم رجع فقال حتى يجن شهرا ثم رجع وقال حتى يجن سنة لانه
يسقط به اي بالحول الكامل جميع العبادات واما ما دون الحول فلا يسقط به الزكوة لان وجوبها مقدر بالحول
فلا يكون في معنى الموت فقدر به اي فقدر حد الجنون المطبق بالحول الكامل احتياطا قال في الكافي وهو الصحيح وكذا

قال

قال في التبيين قالوا اي المشايخ الحكم المذكور في اللحاق اي الحكم المذكور في اللحاق في مختصر القدوري وهو
ما ذكر قبل هنا بقوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته قال
المص في باب احكام المرتدين من كتاب السير اعلم ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد
والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد
الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد
ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما عددناه انتهى وقال الشراح هناك يعني بقوله ما عددناه ما ذكره
بقوله وما باع او اشترى او اعتقه او وهبه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف اقول
فقد تلخص من ذلك ان مراده ههنا ان بعض تصرفات المرتد موقوف عنده فكذا وكالته لكونها في حكم
ذلك ولكن عبارته غير واضحة في افادة المراد فان اسلم نفذ اي فان اسلم المرتد نفذ تصرف النائب
وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت
او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه حتى يستقر امر اللحاق وقد مر في السير اي من كون تصرف المرتد موقوفا
عند ابي حنيفة نافذا عندهما مع ذكر دليل الطرفين مستوفى في باب احكام المرتدين من كتاب السير واستشكل
صاحب التسهيل هذا المقام حيث قال فيما نسب الى ابي حنيفة نظر اذ المرتد اذا لحق بدار الحرب ولم يحكم به الحاكم
حتى عاد مسلما صار كان لم يزل مسلما عند ابي حنيفة ايضا فكيف يبطل توكيله وسائر تصرفاته قبل ان يقضى
بذلك وقول ابي حنيفة في السير انه حربي مقهور غير انه يرجى اسلامه فتوقفنا فاذا اسلم جعل العارض كالعدم
ولم يعمل السبب وان مات او لحق وحكم بلحاقه استقر كفره فعمل السبب يدل على عدم بطلان تصرفه بمجرد
اللحاق بل لا بد من الحكم به فينبغي ان يكون حكم الموكل كذلك لا يبطل توكيله بمجرد لحاقه عنده انتهى
كلامه اقول هذا كلام حسن وهو ان الامام قاضيخان ذكر في فتاواه ما ينافي ما نقله المص ههنا عن المشايخ
حيث قال في فصل ما يبطله الارتداد من باب الردة واحكام اهلها من كتاب السير وان وكل رجلا ثم ارتد الموكل
ولحق بدار الحرب ينعزل وكيله في قولهم انتهى فانه صريح في ان الحكم المذكور في اللحاق قولهم جميعا لا قول ابي حنيفة
فقط فان قلت يجوز ان يكون المراد باللحاق بدار الحرب فيما ذكر في فتاوى قاضيخان ان يحكم الحاكم بلحاقه بها
قلت ظاهر اللفظ لا يساعد ذلك فان جاز حمله عليه بدلالة القرائن والعقل فعندهم لا يجوز الحمل عليه في مسئلة
الكتاب ايضا حتى يكون المسئلة اجماعية [illegible] ثم اقول
الحق عندي ان المراد بما ذكر في الكتاب [illegible] سيتره وهو
قال الامام الزيلعي في شرح هذا المقام من الكنز والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا ان يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا
يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع انتهى ومما يؤيد كون المراد باللحاق المبطل للوكالة اللحاق
مع قضاء القاضي به دون مجرد اللحاق ان اساطين المشايخ قيدوا اللحاق بقضاء به عند بيانهم بطلان تصرفات

المرتد عند ابي حنيفة بالموت والقتل واللحاق بدار الحرب منهم صاحب المحيط فانه قال بصدد بيان الانواع الاربعة لتصرفات
المرتد ونوع منها اختلفوا في نفاذه وتوقفه وذلك كالبيع والشراء والاجارة والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون فعند
ابي حنيفة يتوقف هذه التصرفات فان اسلم تنفذ وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه تبطل وعندهما
تنفذ هذه التصرفات انتهى ومنهم الامام قاضي خان فانه قال في فتاواه اثناء بيان الوجوه الاربعة لتصرف المرتد ومنها ما
اختلفوا في توقفه نحو البيع والشراء والاجارة والاعتاق والتدبير والكتابة والوصية وقبض الديون عند ابي حنيفة هذه
التصرفات موقوفة فان اسلم نفذت وان مات او قتل او قضي بلحاقه بدار الحرب بطل وعند صاحبيه تنفذ في الحال انتهى
الى غير ذلك من الثقات حتى ان صاحب الوقاية قال في باب المرتد وتوقف مفاوضته وبيعه وشراؤه وهبته واجارته
وتدبيره ووصيته ان اسلم نفذ وان مات او قتل او لحق وحكم به بطل انتهى وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل
على وكالته اي بالاجماع حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها لانها لا تقتل على ما عرف في السير قال
بعض العلماء بعد نقل هذا من الهداية ويعلم من هذا ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق فينبغي
ان يقول في قوله السابق وارتداده بدل قوله ولحاقه بدار الحرب مرتدا انتهى اقول هذا خبط منه فانه زعم ان مراد المص
بقوله فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب ان وكالته لا تبطل قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب
وفهم منه بطريق مفهوم المخالفة ان الرجل الموكل اذا ارتد تبطل وكالته بمجرد الارتداد بدون اللحوق وليس مراده ذلك
بل مراده ان تصرف الوكيل نافذ قبل موت موكلته المرتدة او لحوقها بدار الحرب بالاجماع بخلاف ما اذا كان الموكل رجلا فارتد
فان تصرف الوكيل ليس بنافذ هناك عند ابي حنيفة بعد ارتداد موكله بل هو موقوف عنده على ما مر بيانه فافترقا واما
بطلان الوكالة فلا يتحقق في الصورتين معا قبل الموت واللحوق بدار الحرب فانتظم السباق واللحاق ثم اعلم ان كون
الوكيل على وكالته في صورة ان كان الموكل امرأة فارتدت فيما خلا التوكيل بالتزويج فان ردتها تخرج الوكيل بالتزويج
عن الوكالة لانها حين كانت مالكة للعقد وقت التوكيل ثبتت الوكالة في الحال ثم بردتها تخرج من ان تكون مالكة للعقد فيكون
ذلك عزلا منها لوكيلها فبعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بالتجديد كذا في المبسوط وذكر في الشروح قال اي القدوري
في مختصره واذا وكل المكاتب ثم عجز اي عجز عن اداء بدل الكتابة فعاد الى الرق او المأذون له اي او وكل العبد المأذون
ثم حجر عليه اي على المأذون له وكان التوكيل في هاتين الصورتين بالعقود او الخصومات او الشريكان اي او وكل احد الشريكين
ثالثا في شيء مما لم يله بنفسه فافترقا اي فافترق الشريكان بعد التوكيل فهذه الوجوه اي العجز والحجر والافتراق تبطل
الوكالة على الوكيل علم اي علم الوكيل بذلك او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل اي قيام الامر
بالحجر في المأذون له والعجز في المكاتب والافتراق في الشريكين واما اذا كان توكيل المكاتب او العبد المأذون له بقضاء
الدين او التقاضي فلا يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب ولا بالحجر على المأذون له لان في كل شيء وليه العبد لا يسقط المطالبة
عنه بالحجر عليه بل يبقى هو مطالبا بايفائه وله ولاية مطالبة استيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا بقي حقه
بقي وكيله على الوكالة كما لو وكله ابتداء بعد العجز او الحجر بعد انعقاد العقد بمباشرته وكذا اذا وكل احد المتفاوضين

وكيلا في شيء هو وليه ثم افترقا واقتسما واشهدا انه لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم
جاز ذلك عليهما لان توكيل احدهما في حال بقاء عقد المفاوضة كتوكيلهما فصار وكيلا من جهتهما جميعا فلا ينعزل
بنقضهما الشركة بينهما كذا في المبسوط قال صاحب العناية بعد نقل هذا عن المبسوط وللقائل ان يقول هنا لا
يفصل بين ما وليه وبين ما لم يله فما الفارق والجواب ان احد المتفاوضين اذا وكل فيما وليه كان للتوكيل جهتان
جهة مباشرة وجهة كونه شريكا فان بطلت جهة كونه شريكا بفسخ الشركة لم تبطل الاخرى وهي مستندة الى حال
المفاوضة وتوكيل احدهما فيها كتوكيلهما فيبقى في حقهما واذا وكل فيما لم يله كان للتوكيل جهة كونه شريكا
لا غير وقد بطلت بفسخ الشركة فيبطل في حقهما جميعا الى هنا كلامه واعلم انه اذا وكل احد شريكي العنان وكيلا ببيع
شيء من شركتهما جاز عليه وعلى صاحبه استحسانا وكان القياس ان لا يجوز لان كل واحد من الشريكين وكيل من جهة صاحبه
في التصرف وليس للوكيل ان يوكل غيره اذا لم يأذن الموكل بذلك وجه الاستحسان ان كلا من الشريكين في حق صاحبه بمنزلة
وكيل فوض الامر اليه على العموم لان مقصودهما تحصيل الربح وذلك قد لا يحصل بتصرفه فصار مأذونا من جهة صاحبه
بالتوكيل قال صاحب غاية البيان قال الشيخ ابو نصر البغدادي وهذا الذي ذكره القدوري جميعه جار على الاصل
الا في الشريكين وفيما ذكره صاحب الكتاب نظر الى هنا لفظه يعني ان احد شريكي العنان او المفاوضة اذا وكل
وكيلا ثم افترقا بطلت الوكالة على ما ذكره القدوري ولكن ذلك خلاف الرواية الا ترى الى ما قال محمد
في الاصل واذا وكل احد المتفاوضين وكيلا بشيء مما ذكرت لك وهو الذي وليه ذلك ثم افترقا واقتسما
فاشهدا انه لا شركة بينهما ثم ان الوكيل امضى الذي كان وكل به وهو يعلم او لا يعلم فانه يجوز ذلك كله
عليهما جميعا وكذلك لو كانا وكلاه جميعا لان وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما ينقض الوكالة
الى هنا لفظ محمد في باب وكالة احد المتفاوضين ثم قال صاحب الغاية والعجب من صاحب الهداية انه لم
الا مر ولم يتعرض لكلام القدوري والغالب على ظني ان القدوري اراد بذلك الوكالة الثابتة في ضمن
عقد الشركة لا الوكالة الابتدائية القصدية لان المتضمن وهو عقد الشركة اذا بطل بطل ما في ضمنه
لا محالة وما لا يلزم ان يكون قوله مخالفا للرواية لا محالة انتهى اقول ان قوله وما لا يلزم ان يكون قوله مخالفا
للرواية لا محالة ليس بتام لا محالة اذ على تقدير ان يكون مراده الوكالة الابتدائية كما هو المتبادر من كلامه
لا يكون مخالفا للرواية المذكورة بحمله على التوكيل بشيء لم يله الموكل بنفسه كما فصلناه من قبل وفي الرواية
المذكورة ايضا اشارة الى ذلك فان قول محمد [illegible] وكيلا بشيء مما ذكرت
لك وهو الذي وليه ذلك احتراز عن التوكيل بشيء [illegible] لم يكن نظام
اطلاق قوله مخالفا للرواية فلا ينافي التطبيق بتقييد وتاويل الا انا نقول هذا المعنى مشترك الالزام فلان
ذلك القول بعد ان قيده ايضا واوله بتاويل بعيد كما ترى ولا فرق بين العلم وعدمه اي لا فرق في الوجوه
المذكورة بين علم الوكيل بسبب بطلان الوكالة وعدم علمه بذلك لان هذا عزل حكمي اي عزل من طريق الحكم فلا يتوقف

على العلم اذ العلم شرط للعزل القصدى دون العزل الحكمى كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل اى اذا باع ما وكل ببيعه
الموكل حيث يصير الوكيل معزولا لانه للفوات محل تصرف الوكيل قال اى القدورى فى مختصره واذا مات الوكيل
او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لما فرغ من العوارض المبطلة للوكالة من جانب الموكل شرع فى العوارض المبطلة
لها من جانب الوكيل قال المص فى تعليل ما ذكر لانه لا يصح امره اى امر الوكيل بعد جنونه وموته والامر فى قوله لا يصح
امر مصدر مضاف الى المفعول ومعناه الامر الذى كان مامورا به لم يبق صحيحا وانما عبر عنه بذلك لما ذكرنا
ان للعلة حكم الابتداء كذا فى العناية اقول فيه هنا شائبة الاستدراك اذ لا يخفى على اولى النهى ان ذكر
كون موت الوكيل مبطلا للوكالة تعليل الجدوى لانه بين غنى عن البيان لا يقال المراد بذلك دفع احتمال
جريان الامر من الوكيل فى حق الوكالة لانا نقول احتمال ذلك مع كونه فى غاية البعد فى نفسه بناء على ظهور ان الموكل
رضى براى الوكيل لا براى غيره لا يندفع بالتعليل الذى ذكره المص لان الامر بالوكالة وان لم يبق صحيحا بالنظر
الى الوكيل الميت الا انه يحتمل ان يبق صحيحا بالنظر الى وارثه الحى فلا يتم التقريب وان لحق اى الوكيل بدار الحرب
مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود من دار الحرب الى دار الاسلام مسلما هذا اذا حكم القاضى بلحاقه فانه
قال شيخ الاسلام فى المبسوط وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا يخرج عن الوكالة عندهم جميعا ما لم
يقض القاضى بلحاقه وهكذا اشار اليه شمس الائمة السرخسى فى مبسوطه حيث قال ولو ارتد الوكيل ولحق
بدار الحرب انتقضت الوكالة لانقطاع العصمة بين من هو فى دار الحرب وبين من هو فى دار الاسلام واذا
قضى القاضى بلحاقه فقد موته او جعله من اهل دار الحرب فتبطل انتهى كذا فى النهاية وغيرها قال اى قال المص
وهذا اى جواز التصرف للوكيل عند عوده مسلما عند محمد رح فاما عند ابى يوسف رح لا تعود الوكالة وان عاد
مسلما لمحمد رح ان الوكالة اطلاق اى اطلاق التصرف لانه اى الوكالة سواء اريد التوكيل او العقد او اعتبار الخبر
رفع المانع فان الوكيل كان ممنوعا شرعا عن ان يتصرف فى حق الموكل فاذا وكله رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة
به اى بالوكيل يعنى ان الوكيل لا يحدث فيه اهلية وولاية بل انما يتصرف بمعان قائمة به وهى العقل والقصد الذى كان
التصرف والذمة الصالحة وانما عجز اى وانما عجز الوكيل عن التصرف بعارض اللحاق لتباين الدارين يعنى ان الاطلاق
باق من جهة الموكل بعد عوده من هذا العارض ولكن انما عجز الوكيل عن التصرف بهذا العارض فاذا زال العجز والاطلاق
باق عاد وكيلا وفى المبسوط ومحمد يقول صحت الوكالة لحق الموكل ومعنى قائم بعد لحاق الوكيل بدار الحرب ولكنه
عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال كان لم يكن فبقى الوكيل على وكالته فصار بمنزلة ما لو اغمى
عليه زمانا ثم افاق ولابى يوسف انه اى التوكيل اثبات ولاية التنفيذ اى تمليك ولاية تنفيذ التصرف فى حق
الموكل للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف له لان ولاية اصل التصرف ثابتة له باهليته لجنس التصرف فى حد ذاته
وولاية التنفيذ بالملك اى وتمليك ولاية التنفيذ ملحق بالملك لان التمليك بلا ملك غير متحقق فكان الوكيل
مالكا للتنفيذ بالوكالة وباللحاق اى باللحاق بدار الحرب لحق اى الوكيل بالاموات فبطل الملك وبطلت الولاية

واذا ابطلت الولاية بطل التوكيل لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة فلا تعود اى الولاية يعنى اذا بطلت الولاية
فلا تعود كملكه فى ام الولد والمدبر فانه اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه يعتق ام ولده ومدبره ثم بعوده
مسلما لا يعود ملكه فيهما ولا يرتفع العتق فكذلك الولاية التى بطلت لا تعود واشار بقوله لحق بالاموات الى ان وضع
المسئلة فيما اذا قضى القاضى بلحاقه واما اذا لم يقض بذلك فلا يخرج الوكيل عن الوكالة عندهم جميعا كما ذكرناه من قبل قال
صاحب العناية بقى الكلام فى قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته فانه بعيد التعلق عما استدل به عليه وهو قوله
انه اثبات ولاية التنفيذ لا اذن يتكلف فيقال الوكيل له ولايتان ولاية اصل التصرف وولاية التنفيذ
والاولى ثابتة له قبل التوكيل وبعده والثانية لم تكن ثابتة قبله وانما حدثت بعده ولم يتجدد عليه شىء
سوى التوكيل فكانت ثابتة به انتهى اقول ان قوله لان ولاية اصل التصرف باهليته ليس بدليل على منطوق
قوله انه اثبات ولاية التنفيذ حتى يتوهم انه بعيد التعلق عما استدل به عليه بل هو دليل على مفهوم ذلك
وهو لا اثبات ولاية اصل التصرف كما اشرنا اليه فى شرح المقام من قبل فالمعنى ان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ
للوكيل لا اثبات ولاية اصل التصرف له حتى يجوز ان تعود الوكالة بعود الوكيل مسلما كما قاله محمد رح لان ولاية
اصل التصرف ثابتة له باهليته فى حد ذاته فلا يتصور ان يثبتها الموكل له بالتوكيل وان لم يسلم اعتبار
مفهوم المخالفة فى مثل ذلك فنقول هو دليل على مقدمة مطوية مفهومة من الكلام بمعونة قرينة المقام
وهى لا اثبات ولاية التصرف له فلا اشكال على كل حال ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا
اى وقد لحق بدار الحرب مرتدا وقضى القاضى بلحاقه صرح به فى المبسوط وغيره لا تعود الوكالة فى الظاهر
اى فى ظاهر الرواية وعن محمد انها اى الوكالة تعود كما قال فى الوكيل وفى السير الكبير يقول محمد يعود الوكيل
على وكالته فى هذا الفصل ايضا لان الموكل اذا عاد مسلما عاد عليه ماله على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة
بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته كالموكل ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه ورد عليه بعيب
بقضاء القاضى عاد الوكيل على وكالته فهذا مثله كذا فى المبسوط والفرق له على الظاهر يعنى ان لمحمد رح فرق
بين الفصلين اى بين ارتداد الوكيل وبين ارتداد الموكل فى ظاهر الرواية حيث قال بعود الوكالة فى ارتداد
الوكيل اذا عاد مسلما فى جميع الروايات وبعدم عودها فى ارتداد الموكل اذا عاد مسلما فى ظاهر الرواية
فوجه الفرق له على ظاهر الرواية ان مبنى الوكالة فى حق الموكل على الملك وقد زال اى وقد زال ملك الموكل
بردته والقضاء بلحاقه بدار الحرب فبطلت الوكالة على البتات وفى حق الوكيل اى ومبنى الوكالة فى حق الوكيل
على معنى قائم به اى بالوكيل كما بيناه من قبل فلم يزل ذلك المعنى القائم به باللحاق اى بلحاق الوكيل بدار الحرب
وقضاء القاضى به فكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فاذا زال
العارض صار كان لم يكن كما ذكرناه فيما مر واما ابو يوسف فسوى بين الفصلين حيث قال بعدم عود الوكالة
فيهما معا قال اى القدورى فى مختصره ومن وكل آخر بشىء من الاشياء كالنكاح والاستيفاء ثم تصرف

اى الموكل بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة الى هنا لفظ القدورى قال المص وهذا اللفظ ينتظم وجوها
كثيرة من المسايل مثل ان يوكله اى الاخر باعتاق عبده اى عبد الموكل او بكتابته اى بكتابة عبده فاعتقه اى
اعتق ذلك العبد او كاتبه الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل حينئذ او يوكله بتزويج امراة اى وان يوكله
بتزويج امراة معينة اياه او بشراء شئ اى وان يوكله بشراء شئ بعينه له ففعله بنفسه اى ففعل الموكل ما وكل به
بنفسه بان يتزوجها بنفسه او يشتريه بنفسه فان ذلك كان عزلا للوكيل فتبطل الوكالة او يوكله بطلاق
امراته فطلقها الزوج وهو الموكل ثلثا اى ثلث تطليقات او واحدة اى او طلقها طلقة واحدة وانقضت
عدتها فان الوكالة تبطل هناك ايضا ولا يكون للوكيل بعد ذلك ان يطلقها وانما قيد بالثلث وقيد الواحدة بانقضاء
العدة والمراد بها مادون الثلث لانه اذا وكله بالطلاق ثم طلقها الموكل تطليقة واحدة او ثنتين باينة
كانت او رجعية فان للوكيل ان يطلقها مادامت فى العدة واما اذا طلقها الموكل تطليقات ثلثا فلا يملك
الوكيل طلاقها لا فى العدة ولا بعدها والاصل فيه ان ماكان الموكل فيه قادرا على الطلاق كان وكيله ايضا
قادرا عليه والا فلا كذا ذكر فى النهاية والعناية اقول فى هذا الاصل نوع اشكال اذ للطالب ان يطلب الفرق
ح بين هذه المسئلة وبين مسئلة التوكيل بتزويج امراة فان الموكل هناك لو تزوجها بنفسه ثم ابانها لم يكن للوكيل
ان يزوجها منه كما صرح به فى عامة الكتب وذكره المص ايضا فيما بعد مع ان الموكل قادر على تزوجها بنفسه مرة اخرى
فلم لم يقدر الوكيل ايضا على ان يزوجها منه مرة اخرى وعلل فى البدايع عدم قدرة الوكيل عليه بان الامر بالفعل
لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية والظاهر ان هذا التعليل
يقتضى ان لا يقدر الوكيل على التطليق بعد تطليق الموكل مطلقا فى مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا فان قيل
بطلان الوكالة فى مسئلة التوكيل بالتزويج بتزوج الموكل بنفسه بناء على انقضاء الحاجة كما ذكره المص فيما بعد وهنا
قد انقضت الحاجة فى مسئلة التوكيل بالطلاق ايضا بتطليق الموكل بنفسه لا يقال قد تقع الحاجة الى تكرر الطلاق فى
تشديدا للفرقة لانا نقول قد تقع الحاجة الى التزوج مرة اخرى ايضا فلم يتضح الفرق فتامل او بالخلع اى او ان يوكله
بان يخالع امراته فخالعها اى فخالعها الموكل بنفسه فان الوكالة تبطل هناك ايضا قال المص فى تعليل المسايل المذكورة
كلها لانه اى الموكل لما تصرف فيما وكل به بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فى ذلك لامتناع تحصيل الحاصل
فبطلت الوكالة فى جميع ما ذكر حتى لو تزوجها اى لو تزوج الموكل المراة التى وكل الاخر بتزويجها منه بنفسه
وابانها اى [illegible] جها منه اى لم يكن للوكيل ان يزوج تلك المراة
المبانة من الموكل مرة اخرى لان حاجة [illegible] الموكل قد انقضت بتزوجها بنفسه اقول
ههنا كلام اما اولا فلان تفريع هذه المسئلة بحتى على التعليل الذى ذكره لبطلان الوكالة فى المسايل المذكورة
ليس بتام لان الموكل انما تصرف بنفسه فى تزوجها مرة اولى وهو الذى تعذر على الوكيل التصرف فيه على موجب التعليل
المذكور وفحوى هذه المسئلة ان لا يكون للوكيل تزويجها من الموكل مرة اخرى ولا تاثير فيه للتعليل المذكور

لانّ

لان الموكل لم يتصرف بنفسه فى هذه المرة حتى يتعذر على الوكيل التصرف فيها فالاولى ان يترك اداة التفريع فى
هذه المسئلة على سبيل الاستقلال كما وقع فى ساير المعتبرات واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله لان الحاجة قد
انقضت ان الحاجة الى تزوجها مرة اولى قد انقضت فهو مسلم ولكن هذا لا ينافى بقاء الحاجة الى تزوجها مرة اخرى
فلا يتم التقريب وان اراد بذلك ان الحاجة الى تزوجها مطلقا قد انقضت فهو ممنوع اذ قد يحتاج الرجل الى تزوج امراة
واحدة مرارا متعددة لاسباب داعية اليه فالاولى فى تعليل هذه المسئلة ماذكر فى البدايع من ان الامر بالفعل
لا يقتضى التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما فى الاوامر الشرعية بخلاف ما اذا تزوجها
الوكيل اى بخلاف ما اذا تزوج الوكيل المراة التى وكل بتزويجها من الموكل وابانها اى وابانها بعد ان
تزوجها حيث يكون له ان يزوج الموكل تلك المراة المبانة لبقاء الحاجة اى لبقاء حاجة الموكل الى تزوجها
وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه اى فباع الموكل ذلك العبد بنفسه يعنى بطلت الوكالة فى هذه الصورة
ايضا فلو رد عليه اى فلو رد العبد على الموكل بعيب بقضاء قاض فعن ابى يوسف رح انه ليس للوكيل ان
يبيعه مرة اخرى روى ذلك عنه ابن سماعة كما صرح به فى الذخيرة لان بيعه بنفسه اى لان بيع الموكل
ذلك العبد بنفسه منع للوكيل من التصرف حكما فصار كالعزل اى فصار ذلك كعزل الوكيل عن الوكالة فلا يعود
وكيلا الا بتجديد الوكالة وقال محمد رح له اى للوكيل ان يبيعه اى ان يبيع ذلك العبد مرة اخرى لان الوكالة
باقية لانه اى لان الوكالة تناول التوكيل والعقد وباعتبار الخبر وقدم غير مرة اطلاق اى اطلاق
التصرف وهو باق والامتناع انما كان لعجز الوكيل عن التصرف بخروج العبد عن ملك الموكل والعجز قد زال
اى عجز الوكيل قد زال بعود العبد الى قديم ملك الموكل فعادت الوكالة وانما قيد الرد بالعيب على الموكل بقضاء
القاضى لان الموكل اذا قبله بالعيب بعد البيع بغير القضاء فليس للوكيل ان يبيعه مرة اخرى بالاجماع لان
الرد بغير القضاء كالعقد المبتداء فى حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراه
ابتداء واعلم انه ذكر فى المبسوط مسئلة الرد بالعيب بقضاء القاضى من غير خلاف فى جواز البيع للوكيل ووضع
المسئلة فى الامة فقال ولو باعها الوكيل او الامر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها لان الرد
بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل وان قبلها الموكل بالعيب بغير قضاء بعد قبض
المشترى لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان هذا السبب كالعقد المبتداء فى حق غير
المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان فى حق الوكيل كان الموكل اشتراها ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل
بميراث او هبة او غيره بملك جديد لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد
سوى الاول فلا يثبت فيه حكم الوكالة الا بتجديد توكيل من المالك انتهى ولم يذكر الخلاف ايضا فى المسئلة
المذكورة فى الاصل ولا فى الكافى للحاكم الشهيد ولا فى شرحه للامام علاء الدين الاسبيجابى ولكن ذكره القدورى
فى شرحه فقال قال ابو يوسف رح ليس للوكيل ان يبيعه وقال محمد رح له ان يبيعه ثم اعلم ان صاحب البدايع بعد ان

ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد في المسئلة المذكورة قال ولو وكله ان يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه
ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل ان يهبه فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والهبة ووجه
الفرق لم يتضح انتهى فقد اراد المص بيان وجه الفرق بينهما على قول محمد فقال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب
اى الموكل بنفسه ثم رجع عن هبته حيث لم يكن للوكيل ان يهب مرة اخرى بالاجماع لانه اى لان الموكل الواهب
بنفسه مختار في الرجوع فكان ذلك اى كان رجوعه مختارا دليل عدم الحاجة الى الهبة اذ لو كان محتاجا اليها
لما رجع عنها فكان دليلا على نقض الوكالة اما الرد بقضاء اى اما رد المبيع بقضاء القاضي على الموكل البائع
بنفسه فهو بغير اختيار اى بغير اختيار الموكل البائع فلم يكن دليل زوال الحاجة الى البيع اقول من العجائب
ههنا ان الشارح العينى قال في شرح قول المص اما الرد بقضاء اى اما رد الهبة بقضاء القاضي وفي شرح قوله بغير
اختيار اى اختيار الواهب حيث زعم ان مراد المص بيان الفرق بين رد الهبة بالاختيار وبين ردها بقضاء القاضي
وهذا مع كونه غير صحيح في نفسه كيف غفل عن تعلق قوله بخلاف ما اذا وكله بالهبة بما سبق من مسئلة توكيله بالبيع
وما ذا يقول في قوله فاذا عاد اليه اى الى الموكل قديم ملكه كان له اى للوكيل ان يبيعه فانه صريح في ان مراده
الفرق بين البيع والهبة وذكر في التتمة قال محمد رح لا يشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة
البيع لان الوكيل بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا انفسخ البيع والوكالة
باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة فتنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب
الرجوع ولا يتقيد بتسليمه فاذا رجع الموكل في هبته عاد اليه العبد ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا
انتهى قال في البدايع ثم هذه الاشياء التي ذكرنا انه يخرج بها الوكيل عن الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق
الحال فيها بينما اذا علم الوكيل بها او اذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن تقع المفارقة فيها بين
البعض والبعض من وجه آخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل
وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري يرجع المشتري على الوكيل بالثمن
ويرجع الوكيل على الموكل وكذا لو دبره او اعتقه او استحق او كان حرا الاصل وفيما اذا مات الموكل او جن
او هلك العبد الذي وكل ببيعه او نحو ذلك لا يرجع والفرق ان الوكيل هناك وان صار معزولا بتصرف
الموكل لكنه صار معزولا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان
الكفالة او [illegible] المغرور لا يتقرر في الموت وهلاك العبد
والجنون [illegible] ثم ان الموكل وهب المال للذي عليه الدين
والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده كان لدافع الدين ان يأخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل
لان يد الوكيل يد نيابة عن الموكل لانه قبضه بامره وقبض النائب كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه
بعدما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا الى هنا لفظ البدايع كتاب الدعوى

كتاب الدعوى لما كانت الوكالة بالخصومة التي هي اشهر انواع الوكالات سببا
داعيا الى الدعوى ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يتلو السبب ثم ان ههنا امورا من داب
الشراح بيان امثالها في اوايل الكتب وهي معنى الدعوى لغة وشرعا وسببها وشرطها وحكمها ونوعها فقال صاحب
العناية وهي في اللغة عبارة عن قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وفي عرف الفقهاء مطالبة حق في مجلس
من له الخلاص عند ثبوته انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بان المطالبة من شرائط صحة الدعوى كما سيجيء فلا يستقيم
تعريفها بها للمباينة الا ان يأول بالمشروط بالمطالبة اقول هذا ساقط لان كون المطالبة من شرائط صحة
الدعوى لا ينافي استقامة تعريف نفس الدعوى بها اذ المباينة لصحة الشيء لا يقتضي المباينة لذلك الشيء الا يرى
ان كل شيء مباين لصحته لكونها وصفا مغايرا له وليس بمباين لنفسه قطعا غاية ما لزم ههنا ان يكون صحة
الدعوى مشروطا بالمطالبة التي هي نفس الدعوى ولا محذور فيه فان صحة الدعوى وصف لها وتحقق الوصف
مشروط بتحقق الموصوف دايما وقال صاحب النهاية بعد بيان معناها اللغوي والشرعي على وجه البسط والتفصيل
واما سببها فما هو السبب الذي ذكرناه في النكاح والبيوع لان دعوى المدعي لا تخلو اما ان تكون امرا راجعا الى بقاء نسله
او امرا راجعا الى بقاء نفسه وما يتبعهما وكلاهما قد ذكرنا واما شرط صحتها على الخصوص فمجلس القضاء لان الدعوى
لا تسمع في غير هذا المجلس حتى لا يجب على المدعى عليه جواب المدعي ومن شرائط صحتها ايضا ان يكون دعوى المدعي على
خصم حاضر وان يكون المدعي به شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب الا ان الفاسدة من الدعوى هي ان لا يكون
الخصم حاضرا وان يكون المدعي به مجهولا لان عند الجهالة لا يمكن للشهود الشهادة ولا للقاضي القضاء به وان لا
يلزم على المطلوب شيء بدعواه نحو ان يدعي انه وكيل هذا الخصم الحاضر في امر من امور فان القاضي لا يسمع دعواه
هذه اذا انكر الآخر لانه يمكنه عزله في الحال واما حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم او بلا ولهذا وجب على القاضي
احضاره مجلس الحكم حتى يوفي ما استحق عليه من الجواب واما انواعها فشيآن دعوى صحيحة ودعوى فاسدة فالصحيحة
ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم والمطالبة بالجواب واليمين اذا انكر وفي مثل هذه الدعوى يمكن اثبات المدعي
بالبينة او بالنكول والدعوى الفاسدة ما لا يتعلق بها هذه الاحكام وفساد الدعوى باحد المعنيين اما ان لا يكون
ملزما للخصم شيئا وان ثبتت على ما ذكرنا من ان يدعي على غيره انه وكيله واما الثاني ان يكون مجهولا في نفسه والمجهول لا يمكن
اثباته بالبينة فلا يتمكن القاضي من القضاء بالمجهول لا بالبينة ولا بالنكول انتهى اقول في تحريره نوع اختلال
واضطراب فان قوله واما شرط صحتها على الخصوص الى قوله وان يتعلق به حكم على المطلوب يدل على ان لصحتها شروطا
اربعة وهي مجلس القضاء وحضور الخصم وكون المدعى به شيئا معلوما وكونه يتعلق به حكم على المطلوب ويقتضي هذا ان
يكون فسادها باحد امور اربعة وهي انتفاءات هذه الشروط الاربعة وان قوله الا ان الفاسدة من الدعوى هي
ان لا يكون الخصم حاضرا الى قوله لانه يمكنه عزله في الحال يشعر بان فسادها انما هو بامور ثلثة وهي عدم حضور
الخصم وان يكون المدعى مجهولا وان لا يلزم على المطلوب شيء بالدعوى بناء على ان المعرف بلام الجنس في الجمل

مبتدأ كما في قوله ان الفاسدة من الدعوى فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والامام من قريش على ما عرف

في علم العربية وان قوله وفساد الدعوى باحد معنيين الحاضر ويدل على ان فسادها باحد الامرين لا غير لان

اضافة المصدر كما في قوله وفساد الدعوى تفيد القصر نحو ضربي زيداً في الدار على ما نص عليه العلامة التفتازاني

في شرح التلخيص ثم ان قوله واما انواعها فشيآن لا يخلو عن سماجة ظاهرة حيث حمل التثنية على الجمع بالمواطات

قال اي القدوري في مختصره المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة

ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في متنه المدعي من لا يجبر على الخصومة وقال في شرحه

لم يقل اذا تركها كما قال القدوري ومن تبعه لانه غير مجبور حالتي الترك والفعل والقيد المذكور

يوهم الاختصاص انتهى اقول فيه بحث اذ على تقدير ترك قيد الترك يلزم ان ينتقض تعريف المدعي

بالمدعى عليه حالة الفعل فانه يصدق عليه في هذه الحالة انه لا يجبر على الخصومة ضرورة عدم تصور

الجبر على الفعل حالة حصوله واما ايهام القيد المذكور للاختصاص فهم لانه فاعد بشهادة ضرورة العقل

على عدم تصور الجبر حالة الفعل ومعرفة الفرق بينهما اي بين المدعي والمدعى عليه من اهم ما يبتنى عليه

مسائل الدعوى فان النبي صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعي واليمين على من انكر والانسان

قد يكون مدعيا صورة ومع ذلك يكون القول قوله مع يمينه كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة

على ما ذكر في الكتاب فلا بد من معرفتهما وقد اختلفت عبارات المشايخ رحمهم الله فيها في الفرق بينهما فمنها

ما قال في الكتاب يعني مختصر القدوري وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة وهي البينة

او الاقرار او النكول على قول من يرى انه ليس باقرار كما سيعلم في باب اليمين كالخارج والمدعى عليه من يكون

مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد قال صاحب العناية وهو ليس بعام اي جامع لعدم تناوله صورة المودع

اذا ادعى رد الوديعة انتهى اقول يمكن توضيح كلامه وتقريره بوجهين احدهما انه يقبل في تلك

الصورة قول المودع مع يمينه كما سيجيء في الكتاب فلا يصدق عليه انه لا يستحق الا بحجة وثانيهما ان

المودع في تلك الصورة لا يستحق شيئا فلا يصدق عليه انه يستحق بحجة ثم اقول يمكن الجواب عن الوجهين

معا بانه سيجيء في الكتاب ان الاعتبار عند الحذاق من اصحابنا للمعاني دون الصورة فلهذا ان المودع

اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان فيجوز

ان يكون مدار [illegible] دون الصورة نعم لا ضير في عدم تناول تعريف المدعي

صورة المودع [illegible] اي معنى ويمكن جواب آخر عن الوجه الاول

بان المودع من حيث انه مدع رد الوديعة لا يستحق الا بحجة واما استحقاقه بقوله فانما هو من حيث

انه مدعى عليه وبالجملة قيد الحيثية معتبر وقال صاحب العناية بعد قوله المذكور ولعله غير صحيح لان

المدعى عليه من يدفع استحقاق غيره انتهى اقول ويمكن الجواب عن هذا ايضا بان دفع استحقاق غيره

لاينافي

لاينافي استحقاقه بنفسه بل يقتضيه بناء على ان الحقوق لا تتحقق بدون المستحق فيكون المدعى عليه من يدفع استحقاق

غيره لا ينافي صحة تعريفه بمن يكون مستحقا بقوله وعن هذا قال صاحب الكافي وصاحب الكفاية في بيان تعريف المدعى

عليه بمن يكون مستحقا بقوله من غير حجة فانه اذا قال هو لي كان مستحقا له ما لم يثبت الغير استحقاقه فان قلت

صيغة الفعل تفيد التجدد والحدوث على ما تقرر في علم العربية فيكون معنى من يكون مستحقا بقوله من يتجدد ويحدث

استحقاقه بقوله مع ان استحقاق المدعى عليه لا يتجدد ولا يحدث بقوله بل يكون باقيا على ما كان عليه قبل الدعوى

قلت هذه مناقشة لفظية يمكن دفعها ايضا بان يقال المراد بمن يكون مستحقا بقوله من يكون ثابتا على الاستحقاق

بقوله على ان يكون مستحقا مجازا عن ثابتا على الاستحقاق بقرينة قوله كذي اليد ونظير هذا ما ذكره المفسرون

في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم فالذي يلزم ح من صيغة

الفعل في تعريف المدعى عليه بما ذكر ان يتجدد الثبات على الاستحقاق لا ان يتجدد نفس الاستحقاق ولا

محذور فيه واجاب بعض الفضلاء عما ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال قد مر في الدرس السابق ان الدوام

الامور المستمرة الغير اللازمة حكم الابتداء مع ان في العدول عن ان يقول من يستحق بقوله الى قوله من يكون مستحقا

ايماء الى دفع هذا الكلام لان معناه من يكون استحقاقه دائما لدلالة الاسم على الدوام والثبات انتهى اقول

في كل من شقي جوابه نظر اما في شقه الاول فلانا سلمنا ان لدوام التصرفات الغير اللازمة حكم الابتداء على ما مر في اوائل

الباب السابق ولكن لا نسلم ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فتامل واما في شقه الثاني فلانه لا يذهب على من له دربة

بالعلوم الادبية انه لا فرق بين ان يقول من يستحق بقوله وبين قوله من يكون مستحقا بقوله في افادة التجدد

والحدوث لان صلة من في كل واحد منهما جملة فعلية فتدل على التجدد والحدوث قطعا وكون الخبر اسما في الثانية

ما لا مدخل له في افادة الدوام والثبات اصلا على ان الثقات من محققي النحاة كالرضي واضرابه صرحوا بان ثبوت

خبر باب كان مقترن بالزمان الذي يدل عليه صيغة الفعل الناقص اما ماضيا او حالا او استقبالا فكان للمضي ويكون

للحال او الاستقبال وكن للاستقبال وقال الفاضل الرضي وذهب بعضهم الى ان كان يدل على استمرار مضمون

الخبر في جميع الزمن الماضي وشبهته قوله تعالى وكان الله سميعا بصيرا وذهل ان الاستمرار مستفاد من قرينة

وجوب كون الله سميعا بصيرا لا من لفظ كان الا ترى انه كان زيد نائما فاستيقظ وكان قياس ما قال ان

يكون كن ويكون للاستمرار ايضا وقول المص فكان تكون ناقصة لثبوت خبرها دائما او منقطعا رد

على ذلك القائل يعني انه يجيء دائما كما في الآية ومنقطعا كما في قولك كان زيد قائما وليس في اللفظ دلالة على احد

الامرين بل ذلك الى القرينة الى هنا كلامه فقد تعرض هنا انه لا دوام في مضمون خبر كان عند المحققين وانما

ذهب اليه بعض ذهولا واما الدوام في خبر يكون الذي كلامنا فيه فمما لم يذهب اليه احد قط فما ذكره ذلك المجيب

خارج عن قواعد العربية بالكلية نعم لو كان المذكور في التعريف من هو مستحق بقوله بالجملة الاسمية لتم الفرق

وليس فليس وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر قال صاحب العناية ولعله

منقوض بالمودع فانه مدعى عليه وليس بمتمسك بالظاهر اذ رد الوديعة ليس بظاهر لان الفراغ ليس باصل بعد
الاشتغال ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الى وكيل رب المال وهو ينكر الوكالة فالقول
لرب المال لان المديون يدعى براءة بعد الشغل فكانت عارضة والشغل اصلا ويجوز ان يورد بالعكس بانه منع
وبمتمسك بالظاهر وهو عدم الضمان انتهى اقول فيه بحث اذ لا نسلم ان المودع من حيث هو مدعى عليه ليس بمتمسك بالظاهر
قوله اذ رد الوديعة ليس بظاهر قلنا مسلم لكن لا نم تمسكه به من حيث هو مدعى عليه بل هو من هذه الحيثية متمسك بعدم
الضمان وهو الظاهر وكذا لا نم انه من حيث هو مدع يتمسك بالظاهر بل من هذه الحيثية ملتمس غير الظاهر وهو
رد الوديعة والحاصل ان صاحب العناية زعم حيثية كون المودع مدعيا حيثية كونه مدعى عليه وبالعكس
فاورد النقض على تعريفهما وليس الامر كما زعمه كيف ولو تم ما زعمه لورد النقض بالمودع اذا ادعى رد الوديعة
على التعريف الاول ايضا بانه منع رد الوديعة ويجبر على الخصومة مع انهم اتفقوا على انه حد عام صحيح ثم ان ما
ذكرنا كله على تسليم اعتبار جانب الصورة ايضا فيما اذا ادعى المودع رد الوديعة واما على تقدير ان كان المعتبر
هو جانب المعنى دون جانب الصورة كما ذكرناه من قبل وسيجيء في الكتاب فلا يتوجه النقض بالعكس اصلا واعترض
بعض العلماء على بعض مقدمات ما ذكره صاحب العناية ههنا حيث قال فيه كلام وهو ان في صورة الوديعة
ليس في ذمة المودع شيء من المال حتى يكون دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد الشغل بل انما هي مجرد انكار الضمان
وثبوت الشيء في ذمته بخلاف صورة الدين واشير الى هذا في الكافي انتهى اقول نعم قد اشير اليه بل صرح به في الكافي
وعامة الشروح والظاهر ان صاحب العناية رآه واطلع عليه ولكن بعد ذلك له ان يقول سلمنا انه في صورة الوديعة ليس في
ذمة المودع شيء من المال ولكن في عهدته حفظ مال الوديعة اذ قد تقرر في كتاب الوديعة انها عقد استحفاظ وان حكمها وجوب
الحفظ على المودع فكان دعوى الرد منه دعوى البراءة بعد اشتغال ذمته بالحفظ والفراغ ليس باصل بعد الاشتغال
فيتمشى كلامه ويتم مرامه واما قوله ولهذا قلنا اذا ادعى المديون براءة ذمته بدفع الدين الخ فيجوز ان يكون مبنيا
على مجرد الاشتراك بين المسئلتين في كون الفراغ ليس باصل بعد الاشتغال وان كانتا مختلفتين بكون الاشتغال
في احديهما بالمال وفي الاخرى بالحفظ فالذي يقطع عرق ايراد صاحب العناية ههنا ما قدمناه لا غير وقال محمد رحمه الله
في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لما ورد من قول النبي صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وقد وجب اليمين
على المدعى عليه لكن الشان في معرفته اي في معرفة المنكر والترجيح بالفقه اي بالمعنى دون الصورة عند الحذاق
من اصحابنا [illegible] فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين
وان كان مدعيا للرد صورة [illegible] له مع اليمين قال صاحب العناية يعني اذا تعارض
الجهتان في صورة فالترجيح لاحديهما على الاخرى يكون بالفقه اي باعتبار المعنى دون الصورة فان المودع اذا قال
رددت الوديعة فهو يدعى الرد صورة فلو اقام على ذلك بينة قبلت والقول له مع يمينه ايضا فكان مدعى عليه
فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها فانه ينكر الضمان والقول قول المنكر مع يمينه

انتهى اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه لا يكاد يصح لما اولا فلانه غير مطابق للمشروح لان قول المص و
الترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور صريح في ان المعتبر هو المعاني لا غير و
قول صاحب العناية فاذا اقام البينة اعتبر الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها مخالف له لانه صريح في ان الصورة
ايضا معتبرة فيصير هذا من قبيل العمل بالجهتين لا من قبيل ترجيح احديهما على الاخرى واما ثانيا فلان اول هذا
الشرح مخالف لاخره فان قوله في الاول اذا تعارض الجهتان في صورة فالترجيح لاحديهما على الاخرى يكون بالفقه اي
باعتبار المعنى دون الصورة صريح في ان المعتبر جهة المعنى دون جهة الصورة وقوله في الاخر فاذا اقام البينة اعتبر
الصورة واذا عجز عنها اعتبر معناها صريح في ان كلتا الجهتين من الانكار الصوري والانكار المعنوي لا الادعاء
الصوري والانكار المعنوي على ما يتوهم من ظاهر كلامه فان كلا منهما معتبر حيث تقبل بينة الرد ايضا فلا يظهر ترجيح
المعنوي انتهى اقول هذا ايضا غير صحيح اما اولا فلان الشرح لا يطابق المشروح ح ايضا فان قول المص لان
الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة
يدل قطعا على ان المراد بالصورة ههنا الادعاء الصوري حيث جعل الصورة قيدا للادعاء في قوله وان كان مدعيا للرد
صورة واما ثانيا فلانه لا معنى للتعارض بين الانكار الصوري والانكار المعنوي لانه اما ان يراد بالتعارض
ههنا تحقق التخالف في المفهوم او التنافي في الصدق وكلاهما غير متحقق بين الانكار الصوري والانكار المعنوي
اما عدم تحقق الاول بينهما فظاهر واما عدم تحقق الثاني بينهما فلان المنكر المعنوي فيما اذا قال المودع رددت الوديعة
هو المودع بالفتح حيث ينكر الضمان والمنكر الصوري هو المودع بالكسر حيث ينكر الرد ولا تنافي بين انكاريهما في الصدق
لجواز ان يصدقا معا بان لا يرد المودع الوديعة ولا يجب الضمان عليه لهلاك الوديعة في يده من غير تعد منه فاذا لم
يتحقق شيء من معنيي التعارض بينهما فكيف يصح ان يحمل عليه الجهتان في قولهم يعني اذا تعارض الجهتان وايضا انما يتصور
التعارض بين الشيئين عند اجتماعهما في محل واحد ومحل الانكار الصوري مغاير لمحل الانكار المعنوي فيما نحن فيه
لقيام احدهما بالمودع بالكسر والاخر بالمودع بالفتح فلا يتصور التعارض بينهما بخلاف الادعاء الصوري والانكار
المعنوي فانه يتحقق بينهما التعارض بالمعنى الاول قطعا ومحلهما واحد وهو المودع بالفتح فكان موقعا للتعارض ونعم
ما قيل ولن يصلح العطار ما افسد الدهر ثم ان الحق عندي ان شرح هذا المقام على ما يقتضيه عبارة المص وحوالته
اذا تعارضت الجهتان اي جهة الادعاء الصوري وجهة الانكار المعنوي فالترجيح بالفقه اي بالمعنى عند الحذاق
من اصحابنا فان الاعتبار للمعاني دون الصور فالمودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع يمينه بناء
على انه ينكر الضمان معنى ولا يعتبر كونه مدعيا للرد صورة وان يقال في وجه قبول بينة المودع في تلك الصورة
انما تقبل بينة المودع اذا اقامها على الرد لدفع اليمين عنه فان البينة قد تقبل لدفع اليمين على ما صرحوا به في
مواضع شتى من كتب الفقه منها ما ذكره صدر الشريعة في شرح الوقاية في مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر حيث قال
ان المرأة تدعي الزيادة فان اقامت بينة قبلت وان اقام الزوج تقبل ايضا لان البينة تقبل لدفع اليمين كما

اذا اقام المودع ببينة على رد الوديعة على المالك تقبل انتهى فح يتضح المراد ويندفع الفساد قال
اى القدورى فى مختصره ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما فى جنسه كالدراهم والدنانير والحنطة
وغير ذلك وقدره مثل كذا وكذا درهما او دينارا او كرا واعلم ان هذا فى دعوى الدين لا فى دعوى
العين فان العين اذا كانت حاضرة تكفى الاشارة اليها بان هذا ملك لى وان كانت غائبة يجب ان يذكر
قيمتها على ما سيفصل فان قلت عبارة الكتاب لا تدل على التقييد قلت نعم الا ان العبارة وقعت كذلك
فى عامة معتبرات المتون فلعلهم بنآء على انفهام المراد بها مما يذكر بعدها من تفصيل احوال دعوى الاعيان
ومع هذا قد تصدى صدر الشريعة فى شرح الوقاية لبيان المراد بها على ما بينا لما يضاح المقام واما بعض المتاخرين
فلما فهموا الخفاء فيها غيروها فى متونهم الى التصريح بكل نوع من الدعاوى على حدة مع بيان شرائطه المخصوصة
قال المص فى تعليل المسئلة المذكورة لان فائدة الدعوى الالزام اى الالزام على الخصم بواسطة اقامة الحجة
والالزام فى المجهول لا يتحقق اقول فيه بحث وهو ان عدم تحقق الالزام فى المجهول ممنوع اذ قد تقرر فى كتاب
الاقرار ان الاقرار بالمجهول صحيح وقد مر فى صدر كتاب الدعوى ان حكم الدعوى الصحيحة وجوب الجواب
على الخصم اما بالاقرار واما بالانكار فعلى تقدير ان اجاب الخصم بالاقرار يمكن الالزام عليه فى المجهول ايضا لكونه
مواخذا باقراره فينبغى ان يصح الدعوى فيه ايضا لظهور فائدتها على تقدير الجواب بالاقرار وبالجملة ان الالزام كما
يتحقق بواسطة حجة البينة كذلك يتحقق بواسطة حجة الاقرار فان لم يتصور الاول فى دعوى المجهول يتصور
الثانى فيها فلا يتم المطلوب لا يقال اقرار الخصم محتمل لا محقق فلا يتحقق الالزام فى دعوى المجهول بل يحتمل لانا نقول
المراد بتحقق الالزام الذى هو فائدة الدعوى امكان تحققه دون وقوعه بالفعل والا يلزم ان لا يتحقق الفائدة
فى كثير من دعاوى المعلوم ايضا كما اذا عجز المدعى عن البينة ولم يقر الخصم بما ادعاه بل انكر وحلف اذ ح لا يقع الالزام
بالفعل قطعا فان كان اى المدعى عينا فى يد المدعى عليه كلف احضارها اى كلف المدعى عليه احضار العين المدعاة
الى مجلس الحكم ليشير اى المدعى اليها بالدعوى هذا الذى ذكر لفظ القدورى فى مختصره قال المص وكذا فى الشهادة
والاستحلاف يعنى اذا شهد الشهود على العين المدعاة او استحلف المدعى عليه عليها كلف احضارها الى مجلس الحكم
ليشير الشهود اليها عند اداء الشهادة وليشير المدعى عليه اليها عند الحلف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط
وذلك بالاشارة فى المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ فى التعريف حتى قالوا فى المنقولات التى
يتعذر نقلها [illegible] كذا فى الكافى وغيره ويتعلق بالدعوى
اى بالدعوى الصحيحة بمجردها [illegible] ب الحضور اى وجوب حضور الخصم مجلس
القضاء وعلى هذا القضاة اى على وجوب حضور الخصم مجلس القاضى بمجرد الدعوى الصحيحة القضاة و
الاصل فيه قوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون الى قوله بل اولئك
هم الظالمون سماهم ظالمين لاعراضهم عند الطلب من اعرضهم اى من اعراضهم الى قوله وقال صاحب النهاية اى اجمعهم

وهذا

وهذا ايضا صحيح بالنظر الى المال وقال تاج الشريعة اى من اولهم الى آخرهم واقتفى اثره صاحب العناية وهذا بعيد
عن عبارة المص كما لا يخفى فى كل عصر فان عمر بن الخطاب رضى الله عنه فعله وعثمان وعلى رضى الله تعالى عنهما
فعلا ذلك والتابعون بعد الصحابة رضوان الله تعالى عليهم اجمعين فعلوا ذلك من غير نكير نكر وابن ابى
ليلى كان يفعل ذلك ولم ينكر عليه ابو حنيفة رحمه الله الى غير ذلك من المجتهدين فحل محل الاجماع ووجوب الجواب
عطف على وجوب الحضور اى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا وجوب الجواب على المدعى عليه بنعم او بلا ليفيد
حضوره اى حضور الخصم فان المقصود من حضوره الجواب ولزوم احضار العين المدعاة اى ويتعلق بالدعوى الصحيحة
ايضا لزوم ان يحضر المدعى عليه العين المدعاة الى مجلس القاضى لما قلنا اشارة الى قوله ليشير اليها بالدعوى واليمين
بالجر عطف على احضار العين المدعاة فالمعنى ويتعلق بالدعوى الصحيحة ايضا لزوم اليمين على المدعى عليه اذا
انكره اى اذا انكر المدعى عليه ما ادعاه المدعى وعجز المدعى عن البينة وسنذكره ان شاء الله تعالى اى وسنذكر
لزوم اليمين على المدعى عليه فى آخر هذا الباب وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها هذا لفظ القدورى فى مختصره
اى وان لم تكن العين المدعاة حاضرة فى يد المدعى عليه بل كانت غائبة لا يدرى مكانها ذكر المدعى قيمة العين
المدعاة الغائبة ليصير المدعى معلوما فيصح الدعوى بوقوعها على معلوم لان العين لا تعرف بالوصف لان لها
مشاركا اعيانا كثيرة فيه وان بولغ فيه فذكر الوصف لا يفيد والقيمة تعرف بها اى والقيمة شيء تعرف العين
به فذكرها يفيد وقد تعذر مشاهدة العين جملة حالية من قوله والقيمة تعرف به يعنى والحال ان المشاهدة
متعذرة فيكون ذكر القيمة اذ ذاك اقصى ما يمكن فى الاعلام وقد جعل صاحب العناية الجملة المزبورة حالية من
قوله لان العين لا تعرف بالوصف تعليلا لا اختيارا ثم الاختيار وقال الفقيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة
ذكر الذكورة والانوثة قال صاحب الكافى نقلا عن القاضى فخر الدين وصاحب الذخيرة وان كان العين غائبا
وادعى انه فى يد المدعى عليه فانكر اذ بين المدعى قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يبين
القيمة وقال غصب منى عين كذا ولا ادرى انه هالك ام قائم ولا ادرى كم كانت قيمته ذكر فى عامة الكتب
انه تسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به انتهى وقال
صاحب النهاية والكفاية نقلا عن الامام فخر الاسلام البزدوى واذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغى للقاضى
ان يكلف المدعى بيان القيمة واذا كلفه ولم يبين يسمع دعواه لان الانسان قد لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه
بيان القيمة فقد اضر به اذ يتعذر عليه [illegible] المدعى سقط
من الشهود بالطريق الاولى انتهى وقال الامام [illegible] فى شرح الكنز بعد نقل [illegible] الكافى فاذا سقط بيان القيمة
عن المدعى سقط عن الشهود ايضا بل اولى لانهم ابعد عن ممارسته انتهى وقال صاحب الدرر والغرر بعد نقل
ما فى الكافى اقول فائدة صحة الدعوى مع هذه الجهالة الفاحشة توجه اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على
البيان اذا اقر او نكل عن اليمين فليتامل فان كلام الكافى لا يكون كافيا الا بهذا التحقيق الحمد لله على

التوفيق انتهى اقول يرد عليه ان ماذكره من الفائدة جار في جميع صور دعوى المجهول دينا كان او عينا فيقتضي
صحة دعوى المجهول مطلقا مع انهم صرحوا بان من شرايط صحة الدعوى كون المدعى معلوما غير مجهول وان رواية
صحة دعوى العين مع جهالة القيمة انما وردت في دعوى العين الغايبة فقط ويمكن ان يقال في دفعه ان مجرد
جريان الفائدة المذكورة في جميع صور دعوى المجهول لا يقتضي صحة دعوى المجهول مطلقا بل لابد لصحة الدعوى
من علة مقتضية لها غير فايدة مترتبة عليها وقد بينوا تحقق العلة المقتضية لصحة الدعوى في صورة دعوى
العين الغايبة المجهولة وهي ان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف ببيان القيمة لتضرر به وبقي بيان الفائدة
فيها فبينها صاحبا الدرر والغرر بخلاف ساير صور دعوى المجهول اذ لم يتحقق فيها علة مقتضية لصحة الدعوى فلا يفيد
جريان الفائدة المذكورة فيها ولكن يرد ان يقال ان مثل تلك العلة المذكورة يتحقق في غير تلك الصورة ايضا من صور دعوى
المجهول كما اذا كان لمورث رجل ديون في ذمم الناس ولم يعرف الوارث جنس تلك الديون ولا قدرها او لم يعرف احدهما
فلو كلف ذلك الوارث في دعوى تلك الديون على المديون ببيان جنسها وقدرها لتضرر به اذ الانسان ربما لا يعرف
قدر مال مورثه ولا جنسه عند كون ذلك المال في يد مورثه فضلا عن ان يعرفهما عند كونه في ذمم الناس فينبغي ان يصح
دعوى مثل تلك الديون المجهولة لمثل ما قيل في صحة دعوى الاعيان الغايبة المجهولة مع انه مما لم يقل به احد ثم اقول
الظاهر من قولهم واذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود بالطريق الاولى ان في دعوى العين الغايبة
تسمع الدعوى مع جهالة قيمة المدعى وتقبل الشهادة مع جهالة قيمة الشهود به لكنه مشكل جدا فان القاضي بعد ان
سمع هذه الدعوى وقبل هذه الشهادة ثم يحكم للمدعي على المدعى عليه والقضاء بالمجهول غير ممكن كما صرحوا به
في صدر كتاب الدعوى حيث قالوا ان من شروط صحة الدعوى كون المدعى معلوما وعللوه بعدم امكان القضاء بالمجهول
لو يقال القاضي يجبر المدعى عليه ببيان قيمة ما ادعى عليه فيحكم عليه بما بين فلا يكون القضاء بالمجهول لانا نقول
الجبر عليه انما يصح لو اقر بما ادعى عليه على الجهالة فان التجهيل ح بصير من جهته حيث اجمل ما اعترف به فعليه
البيان على ما تقرر في كتاب الاقرار واما اذا لم يقر به بل ثبت بالبينة كما فيما نحن فيه فلم يكن التجهيل من جهة المدعى عليه
ولم يجمل شيئا فلا وجه لاجباره على البيان بمقتضى قواعد الفقه فبقي الاشكال فان قلت القاضي لا يحكم بقيمة العين
الغايبة بل يحكم برد تلك العين نفسها الى صاحبها والجهالة في قيمة تلك العين لا في نفسها فلا يلزم القضاء بالمجهول
قلت قد مر في الكتاب ان العين انما تعرف بالقيمة لا بغيرها فالجهالة في قيمة العين جهالة في نفسها وايضا اذا حكم القاضي
برد العين الغايبة ... المحكوم عليها عن ... الى صاحبها ولم يردها اليه فالقاضي ان حكم بعد ذلك بقيمة تلك
العين يعود الاشكال وان لم يحكم بها يضيع حق المدعى ولا يظهر لسماع دعواه وقبول بينته فايدة فان قيل القاضي لا
يحكم على الخصم بشيء من المال بل يحبسه ليرد العين المدعاة الى المدعى ففائدة سماع الدعوى وقبول البينة هي الحبس قلنا الى
متى يحبسه ان حبسه ابدا يصير المال بعد ان ظهر عجزه عن ردها الى المدعى بان يمضي على الحبس مدة يعلم بها انه لو بقيت
العين المدعاة لاظهرها على ما ذكر في كتاب الغصب وان حبسه الى مدة ظهر عجزه عن ردها الى المدعى ثم خلى سبيله

من غير

من غير ان يلزمه الضمان فمثل ذلك لم يعهد في الشرع في اثبات الحقوق المالية وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن ضرب
من الاشكال قال القدوري في مختصره وان ادعى عقارا حدده اي ذكر المدعى حدوده وذكر انه اي العقار في يد المدعى
عليه وانه يطالبه به اي وذكر ان المدعى يطالب المدعى عليه بالمدعى اقول هكذا وقع وضع هذه المسئلة في عامة معتبرات
المتون ولكن فيه قصور اذ المتبادر منه ان ذكر حدود العقار كاف في تعريفه عند الدعوى وليس كذلك اذ قد صرح في
معتبرات الفتاوى بل في بعض شروح الهداية ايضا بانه اذا وقعت الدعوى في العقار فلابد من ذكر البلدة التي فيها
الدار ومن ذكر المحلة ومن ذكر السكة ومن ذكر الحدود وقال في الخلاصة يصح الدعوى اذا بين المصر والمحلة
والموضع والحدود وقيل ذكر المحلة والسوق والسكة ليس بلازم وذكر المصر او القرية لازم انتهى وقد صرح في معتبرات
الفتاوى ايضا بان الفقهاء اختلفوا في البداية فقال الشيخ الامام الفقيه الحاكم ابو نصر احمد بن محمد السمرقندي
في شروطه اذا وقع الدعوى في العقار فلابد من ذكر البلدة التي فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ
اولا بذكر الكورة ثم بالمحلة اختيارا لقول محمد فان المذهب عنده ان يبدأ بالاعم ثم ينزل منه الى الاخص وقال
ابو زيد البغدادي يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار في سكة كذا في محلة كذا في كورة كذا وقاسه على النسب
حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو اقرب ثم يترقى الى الابعد قال في كل واحد من الفصلين
بعد ذكر هذا الاختلاف ما قاله محمد بن الحسن احسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه
لان الاعم اسمه فان جعفر في الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا اخص فان عرف والا ترقى
الى الجد انتهى وقال في المحيط اختلف اهل الشروط في البداية بالاعم او بالاخص واهل العلم بالخيار في البداية بايهما
شاء انتهى وقال عماد الدين في فصوله قلت اختلافا في اهل الشروط انه ينزل من الاعم الى الاخص او من الاخص الى الاعم اجماع
منهم على شرطية البيان انتهى فقد تلخص مما ذكرناه كله ان ذكر الحدود ليس بكاف في تعريف العقار بل لابد ايضا من ذكر البلدة
والمحلة وغير ذلك على ما قرر قال المص في تعليل لزوم التجديد في دعوى العقار لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر
النقل اي نقل العقار فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به اقول لقايل ان يقول ان تعذر النقل لا يقتضي تعذر
التعريف بالاشارة لجواز ان يحضر القاضي عند العقار او يبعث امينه اليه فيشير المدعى اليه في محضر القاضي او امينه
بعين ما قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها كالرحى ونحوه على ما ذكرناه فيما مر ويمكن ان يدفع بان المنقولات التي
يتعذر نقلها نادرة فالتزم فيها حضور القاضي او امينه عندها العدم تادية الى الحرج بخلاف العقارات فانها كثيرة
فلو كلف القاضي بحضوره عندها او بعث امينه ... وبذكر اسماء اصحاب
الحدود وانسابهم ولابد من ذكر الجد لان تمام التعريف ... عند ابي حنيفة ... يعني ان ما روي
عنهما ان ذكر الاب يكفي ولو كان الرجل مشهورا مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى يكتفي بذكره يعني لا حاجة الى ذكر الاب
والجد لحصول التعريف بالاسم بلا ذكر النسب وفي الدار لابد من التحديد وان كانت مشهورة عند ابي حنيفة
وعندهما لا يشترط لان الشهرة مغنية عنه وان قدرها لا يصير معلوما الا بالتحديد كذا في الكافي وغيره

فان ذكر ثلثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر رح لوجود الاكثر وليل لنا يعني ان اقامة الاكثر
مقام الكل اصل في الشرع فنعمل به ههنا ايضا بخلاف ما اذا غلط في الرابعة اى في الحد الرابع وانث المص باعتبار
الجهة يعني اذا ذكر الحدود الثلثة وسكت عن الرابع جاز عندنا خلافا لزفر واما اذا ذكر الحد الرابع
ايضا وغلط فيه فلا يجوز باتفاق بيننا وبين زفر رح لانه يختلف به اى بالغلط المدعى ولا كذلك
بتركها ونظيره ما اذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز ولو غلطا في الثمن لا يجوز
شهادتهم لانه صار عقدا آخر بالغلط وبهذا الفرق بطل قياس زفر رح الترك على الغلط وكما يشترط التحديد
في الدعوى يشترط في الشهادة فيجري في الثانية ما يجري في الاولى وقوله في الكتاب اى قول القدوري
في مختصره وذكر انه يعني العقار في يد المدعى عليه لا بد منه لانه اى المدعى عليه انما ينتصب خصما اى في
دعوى العين اذا كان في يده اى اذا كان المدعى في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعى وتصديق المدعى
عليه انه اى العقار في يده بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة بان يشهد الشهود بانهم عاينوا ان ذلك
العقار المدعى في يد المدعى عليه حتى لو قالوا سمعنا اقرار المدعى عليه بانه في يده لم تقبل شهادتهم وكذا
الحال في غير هذه الصورة وقيل لا يفرق الشهود بين الامرين فلا بد ان يسالهم القاضي اعن معاينة
تشهدون ام عن سماع كذا ذكر في معتبرات الفتاوى او علم القاضي عطف على البينة اى او يعلم القاضي ان
ذلك العقار المدعى في يد المدعى عليه هو الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ فان عندهم يكفي تصديق المدعى
عليه انه في يده وانما لا تثبت اليد في العقار الا بالبينة او علم القاضي على القول الصحيح نفيا للتهمة
المواضعة اذ العقار عساه اى لعله في يد غيرهما اى غير المدعى والمدعى عليه قال صاحب النهاية اى يحتمل
انهما تواضعا على ان يصدق المدعى عليه المدعي بان العقار في يد المدعى عليه ليحكم القاضي باليد للمدعى عليه
حتى يتصرف المدعى عليه فيه وهو في الواقع في يد الثالث فكان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير ويؤدى
ذلك نقض القضاء عند ظهوره انه في يد الثالث انتهى كلامه وقد اقتفى اثره في شرح هذا المقام بهذا المعنى
صاحب معراج الدراية ثم صاحب العناية ثم الشارح العيني اقول هذا خبط عظيم منهم اما اولا فلان
المدعى عليه في الصورة المزبورة لا يدعي على احد شيئا بل يصدق المدعي في قوله ان العقار في يد المدعى
عليه ولا شك ان تصديق الآخر ليس بدعوى عليه فكيف يتصور هناك من القاضي الحكم باليد للمدعى عليه الحكم
بحقوق العباد يقتضي سابقة الدعوى واما ثانيا فلان الحكم من القاضي لا يتحقق الا بحجة من البينة او الاقرار
وقد انتفت بقسميها في تلك الصورة اما انتفاء البينة فلان المفروض ان لا تقوم بينة على ثبوت اليد
للمدعى عليه واما انتفاء الاقرار فلان الاقرار هو الاخبار بحق للغير على نفسه ولا يخفى ان هذا المعنى غير متصور
من المدعى عليه ولا من المدعي بالنسبة الى حق اليد في تلك الصورة فاذا لم تتحقق الحجة اصلا لثبوت اليد
للمدعى عليه في تلك الصورة لم يصح الحكم من القاضي باليد للمدعى عليه هناك فبطل قولهم ليحكم القاضي باليد

للمدعي

للمدعى عليه الخ والصواب ان مراد المص ههنا هو ان العقار قد يكون في يد غيرهما وهما يتواضعان على ان يصدق المدعى
عليه المدعي في ان ذلك العقار في يد المدعى عليه فيقيم المدعي بينة على المدعى عليه بان ذلك العقار له فيحكم القاضي
للمدعي بكونه له فيصير هذا قضاء لهما بمال الغير الذي كان ذلك العقار في يده في الواقع ويفضي ذلك الى نقض القضاء
عند ظهوره في يد ذلك الغير ولقد افصح الامام قاضي خان في فتاواه عن هذا حيث قال وذكر الخصاف عن اصحابنا
ان رجلا لو اقام البينة على رجل ان في يده الدار التي حدها كذا وبين حدودها فان القاضي لا يسمع دعواه
ولا يقبل بينته على الملك ما لم يقم البينة ان الدار في يد المدعى عليه ثم يقيم البينة انها له لتوهم انهما تواضعا في
محدود في يد ثالث على ان يقر احدهما فيقول الآخر بانها في يده ويقيم المدعي عليه بينة عليها انها له والدار
في يد غيرهما وهذا باطل لان هذا قضاء على المسخر انتهى بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهد فلا مجال
للمواضعة المذكورة وقوله اى قول القدوري في مختصره وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه قال
صاحب العناية في عبارته تسامح لانه يؤول الى تقدير فلا بد من طلب المطالبة فتامل ويمكن ان يجاب عنه بان المطالبة
مصدر بمعنى المفعول فكان معناه المطالب حقه فلا بد من طلبه انتهى كلامه اقول كل من ايراده وجوابه ساقط
اما سقوط الاول فلان الضمير في طلبه ليس براجع الى حقه كما توهمه بل هو راجع الى ما يرجع اليه ضمير حقه
وهو المدعي فالمعنى المطالبة حق المدعي فلا بد من طلب المدعي حتى يجب على القاضي اعانته فلا مسامحة اصلا
واما سقوط الثاني فمن وجهين الاول ان المطالبة من طالبه بكذا فالمطالب المفعول ههنا هو المدعى عليه والذي
دخل عليه الباء هو المدعى فلو كان المعنى المطالب حق المدعي صار المعنى المدعى عليه حق المدعي ولا خفاء في فساده
والثاني ان المدعى ايضا ليس بحق المدعي البتة بل ان ثبت دعوى المدعي يكون المدعى حقه والا فلا ففي ابتداء الحال
لم يثبت انه حقه حتى يتم ان يقال هو حقه فلا بد من طلبه اللهم الا ان يقال انه حقه في ابتداء الامر ايضا على زعمه
لكنه يحتاج حينئذ الى تقدير قيد على زعمه كما يحتاج الى جعل المصدر بمعنى المفعول ولا يخفى ان شان المص بمعزل عن مثل
هذا التعسف وقال بعض الفضلاء ولا يبعد ان يكون المطالبة اسم مفعول والتانيث بتاويل الارض ونحوها
انتهى اقول هذا بعيد عن الحق وابعد مما قاله صاحب العناية في جوابه اما الاول فلما ذكرناه في سقوط جواب صاحب العناية
من الوجهين واما الثاني فلان مقتضى التعبير عن كل مطلوب بصيغة التانيث وتاويل كل مطلوب مذكر بمؤنث
وهذا مما لا يقبله الفطرة السليمة بخلاف ما قاله صاحب العناية ولانه يحتمل ان يكون اى المدعى مرهونا في يده اى
في يد المدعى عليه او محبوسا بالثمن في يده فلا [illegible] بالمطالبة يزول
هذا الاحتمال اذ لو كان مرهونا او محبوسا با[illegible] والثمن وعن
هذا اى بسبب هذا الاحتمال قالوا اى المشايخ في المنقول اى في دعوى المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق
اى يجب ان يقول المدعي هذا الشيء الذي ادعيه في يد المدعى عليه بغير حق ازالة لهذا الاحتمال فان العين في يد ذي اليد
في تينك الصورتين بحق اقول يرد عليه انه ان كان ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول ايضا فقد حصل

زوال الاحتمال المذكور فيها بذكر المطالبة كما في دعوى العقار فينبغي ان لا يجب زيادة بغير حق في دعوى المنقول
كما لا يجب في دعوى العقار وان لم يكن ذكر المطالبة مما لا بد منه في دعوى المنقول لكون الدليل الذي ذكره المص
في وجوب ذكر المطالبة في دعوى العقار ودعوى الدين وهو قوله لان المطالبة حق المدعي فلا بد من طلبه منقوضا
بصورة دعوى المنقول ويمكن ان يجاب عنه بنوع بسط في الكلام وتحقيق في المقام وهو ان ذكر المطالبة مما لا بد
منه في دعوى المنقول ايضا على ما يقتضيه الدليل الذي ذكره المص في دعوى العقار وفي دعوى الدين لكن لا يجب
ذكرها قبل احضار المدعى عليه المنقول الى مجلس القاضي بل انما يجب ذكرها بعد احضاره اليه لان اعلام المدعي بأقصى
ما يمكن شرط وذلك في المنقول لا يكون الا بالاشارة كما مر فما لم يحصل الاشارة اليه لم يصر معلوما بما يجب اعلامه به
وما لم يصر معلوما بهذا لم يتحقق الفائدة في ذكر المطالبة به يرشد اليه قول المص فيما سيأتي لان صاحب الذمة قد حضر
فلم يبق الا المطالبة حيث يشير الى انه ما بقي شيء يتعلق بتمام الدعوى لم يجب ذكر المطالبة ولا شك ان احضار
المنقول الى مجلس القاضي مما يتعلق بتمام الدعوى فلم يجب قبله على المدعي ذكر المطالبة فلما لم يجب قبله عليه ذكرها وجب
عليه اذ ذاك ان يقول في يده بغير حق ازالة للاحتمال المذكور حتى يجب على المدعى عليه احضار المدعي المنقول الى مجلس القاضي
ويصح للقاضي تكليفه باحضاره اليه والحاصل ان الاحتياج الى زيادة قيد بغير حق في دعوى المنقول لاجل ان يجب
على المدعى عليه احضار المدعى الى مجلس الحكم ووجوب احضار المدعى الى مجلس القاضي مختص بدعوى المنقول كما مر في الكتاب فحق
زيادة القيد المذكور في دعوى المنقول دون غيرها ثم لما زيد القيد المذكور في دعوى المنقول قبل احضار المدعى عليه المدعى الى
مجلس القاضي وزال الاحتمال المذكور به لم يبق لذكر المطالبة فيها بعد احضاره اليه الا علة واحدة وهي ان المطالبة حق فلا بد
من ذكره كما هو العلة فقط في دعوى الدين بخلاف دعوى العقار فان لذكر المطالبة فيها علتين كما ذكرها المص وبهذا
البسط والتحقيق تبين اندفاع اعتراض صدر الشريعة على القوم حيث قال في شرحه للوقاية اقول هذه العلة تشمل العقار
ايضا فلا ادري ما وجه تخصيص المنقول بهذا الحكم انتهى ثم ان ههنا كلمات اخرى للفضلاء المتأخرين فلا علينا ان ننقلها
ونتكلم عليها فاعلم ان صاحب الدرر والغرر اجاب عن اعتراض صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال ان درايته وجهه موقوف على تحقيق
مسئلتين احديهما ان دعوى الاعيان لا تصح الا على ذي اليد كما قال في الهداية انما ينتصب خصما اذا كان في يده والثانية ان الشبهة
معتبرة يجب دفعها لا شبهة الشبهة كما قالوا ان شبهة الربوا ملحقة بالحقيقة لا شبهة الشبهة اذا عرفتهما فاعلم ان في ثبوت
اليد على العقار شبهة لكونه غير مشاهد بخلاف المنقول فانه فيه مشاهد فوجب فيهما في دعوى العقار باثباته بالبينة ليصح الدعوى
وبعد ثبوته يكون احتمال كون اليد لغير المالك شبهة الشبهة فلا يعتبر واما اليد في المنقول فلكونه مشاهدا لا يحتاج الى
اثباته لكن فيه شبهة كون اليد لغير المالك فوجب دفعها ليصح الدعوى انتهى ورد عليه هذا الجواب بعضهم بانه قد صرح في
الهداية والشروح بانه لا بد من المطالبة في العقار ايضا لنزول احتمال كونه مرهونا او محبوسا بالثمن ويعلم من هذا انهم اعتبروا
ذلك الاحتمال واوجبوا دفعه في العقار ايضا وهذا ليس من شبهة الشبهة التي لم يعتبروها كما لا يخفى على المتدبر فتدبر
انتهى مقال بعض الفضلاء وان اردت تحقيق المقام وتلخيص الكلام فاستمع لما يتلى عليك مستعينا بالملك العلام

ومستمدا

ومستمدا منه ولي الفيض والالهام فاقول لا شك ان في العقار شبهة في ثبوت اليد على المدعى ثم شبهة في كونها
بغير حق وان الثانية شبهة الشبهة وذلك ظاهر لمن تتبع اقاويلهم وان شبهة الشبهة غير معتبرة الا اذا
اندفعت الشبهة فان شبهة الشبهة ح تكون معتبرة الا يرى انهم اذا شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فانه يحد
لان الذي فيه هو شبهة دعوى النكاح اذا حضرت ثم شبهة صدقها في تلك الدعوى فلا تعتبر لكونها شبهة الشبهة
واما اذا حضرت قبل الاستيفاء وادعت النكاح لا يحد الرجل اعتبارا لشبهة الصدق اذا تحققت هذه المقدمات
فنقول لو اتى مدعي العقار بهذه الزيادة وقال هو في يده بغير حق وقد قرع سمعك عن علماء العربية انه اذا كان
في كلام مثبت او منفي تقييد بوجه من الوجوه فمناط الافادة هو ذلك القيد يلزم عكس المقصود وهو الاهتمام بدفع
شبهة الشبهة مع بقاء الشبهة بحالها فاذا لعلهم الى دفعها الى كلام مستقل متأخر بحسب الرتبة عن ثبوت اليد هو قوله
المدعي يطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة بطريقها وبقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد
فيه مشاهد لا شبهة فيه فاوجبوا تلك الزيادة لتندفع شبهة كون اليد بحق ونقول لو زاد المدعي قوله بغير حق في
دعوى العقار وهو متعلق بالكلام الاول ومن جملته ولم يندفع في تلك الحالة شبهة كونه في يد غيره يلزم اعتبار
شبهة الشبهة والمطالبة متأخرة مرتبة عن ثبوت اليد فلا يلزم من اندفاعها به محذور كما نبهت عليه بخلاف
المنقول فانه ليس فيه شبهة كونه في يد غيره فاغتنم به فانه هو الكلام الفصل والقول الجزل ثم اعلم ان المطالبة
في المنقول كالمطالبة في الدين ليس لدفع الاحتمال بل لذلك مخصوص بالعقار الى هنا كلامه واقول ما ذكره ذلك القائل
ههنا وسماه بالتحقيق مما لا يجدي طائلا وما هو بذلك التلقيب بحقيق اما اولا فلان خلاصة كلامه هي ان
مدعي العقار لو اتى بتلك الزيادة وجعلها قيدا للكلام الاول وقصد بها دفع شبهة كون اليد بحق لزم اعتبار
شبهة الشبهة والاهتمام بدفعها مع بقاء الشبهة وهي شبهة كونه في يد الغير بحالها اذ لم يندفع هذه الشبهة قبل
ثبوت اليد وقد تقرر عندهم ان شبهة الشبهة غير معتبرة قبل اندفاع الشبهة فاحالوا دفع شبهة الشبهة
الى كلام مستقل متأخر في الرتبة عن ثبوت وهو قول المدعي يطالبه فان في تلك المرتبة اندفعت الشبهة و
بقيت شبهة الشبهة معتبرة بخلاف المنقول فان ثبوت اليد فيه مشاهد فليس فيه شبهة كونه في يد غيره
فاوجبوا تلك الزيادة ليندفع بها شبهة كون اليد بحق لكنها ليست بتامة لان الحاصل منها ان لا يصح الاتيان بتلك
الزيادة في دعوى العقار على ان تجعل تلك الزيادة قيد الكلام الاول وهذا لا ينافي صحة الاتيان بها على ان تجعل
كلاما مستقلا بان يقول المدعي انه في يد [illegible] قلا كما ترى وتصير
متأخرا في الرتبة عن ثبوت اليد كقوله اطالب [illegible] كذلك حق ذكر
ان يده بغير حق بعد ثبوتها اذ قبل ثبوت اليد كما لا فائدة في المطالبة لا فائدة ايضا في بيان ان يده بغير حق
وهذا مما لا سترة به فلم يظهر وجه عدم تلك الزيادة مطلقا في دعوى المنقول وبالجملة ان ما ذكره وجه لنفي مخصوص
بصورة كون الزيادة قيدا للكلام الاول لا وجه فيه عام لجميع صور الزيادة فلا يتم التقريب قطعا واما ثانيا فلانه

ح يبقى الاشكال في المقام بان شبهة كون اليد محق تندفع في دعوى المنقول ايضا بالمطالبة فينبغي ان يترك
الزيادة المذكورة في دعوى المنقول كما تركت في دعوى العقار ولا ينحل هذا الاشكال بما ذكره بقوله ثم اعلم ان المطالبة
في المنقول كالمطالبة في الديون ليس لدفع الاحتمال بل لذلك مخصوص العقار انتهى لان دفع الاحتمال المذكور يحصل
قطعا من ذكر المطالبة في المنقول ايضا فلا يدفع ان يقصد بها دفع ذلك الاحتمال في المنقول استدراك الزيادة
المذكورة فيه واما ما قررناه من التحقيق فيندفع به هذا الاشكال كما يندفع به اعتراض صدر الشريعة كما تحققته من قبل
الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا ان هدانا الله قال اي القدوري في مختصره وان كان حقا في الذمة
اي وان كان المدعى حقا ثابتا في الذمة يعني ان كان دينا لا عينا ذكر انه يطالبه به يعني ذكر انه يطالبه به من غير ان
يشترط فيه ما يشترط في العين على ما فصل فيما مر لما قلنا تعليل لمجرد ذكر المطالبة فيه واشارة الى قوله لان المطالبة حقه
فلا بد من طلبه وهذا اي الاكتفاء فيه بذكر المطالبة لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد
من تعريفه اي تعريف ما في الذمة وهو الدين بالوصف اي بالصفة فالمعنى لكن لا بد من تعريفه بالوصف كما لا بد من تعريفه
بالجنس والقدر على ما عرف فيما مر من قول القدوري ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره
لانه يعرف به اي لان ما في الذمة يعرف بالوصف اي الصفة بان يقال انه جيد او وسط او ردي بعد ان يذكر جنسه
وقدره ولكن انما يحتاج الى ذكر الصفة فيما اذا كان المدعى دينا وزنيا ان كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان
في البلد نقد واحد فلا يحتاج الى ذلك كما ذكر في الشروح ومعتبرات الفتاوى وهذا كله على تقدير ان يكون مراد
المص بالوصف هنا معنى الصفة كما هو الظاهر من حيث اللفظ لكن الاظهر من حيث معنى المقام ان يكون مراده به معنى
البيان فالمعنى لكن لا بد من تعريف ما في الذمة ايضا بالبيان اي ببيان ما يحتاج الى ذكره من جنسه وقدره مطلقا
ومن نوعه وصفته في بعض الصور على ما فصل في النهاية والكفاية نقلا عن الذخيرة وفصول الاستروشني و
بالجملة لا بد في كل جنس من الاعلام باقصى ما يمكن من التعريف قال اي القدوري في مختصره واذا صحت
الدعوى اي اذا صحت الدعوى بشروطها سال اي القاضي المدعى عليه عنها اي عن الدعوى لينكشف له وجه الحكم اي
لينكشف للقاضي وجه الحكم اي طريقه ان ثبت حق المدعي فان الحكم منه يكون باحد امور ثلثة البينة والاقرار
والنكول ولكل واحد منها طريق مخصوص من القضاء فلا بد من السوال لينكشف له طريق حكمه فان اعترف قضى عليه بها
اي فان اعترف المدعى عليه قضى القاضي عليه بالدعوى يعني المدعى او الموجب الدعوى ثم ان اطلاق لفظ القضاء
هنا توسع لان الاقرار حجة بنفسه فلا يتوقف على القضاء فكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به
بخلاف البينة لانها انما تصير حجة [illegible] القضاء بها فان شهادة خبر يحتمل الصدق والكذب وقد جعلها الشارع
حجة بالقضاء بها واسقط جانب احتمال الكذب في حق العمل بها كذا في الشروح وغيرها وقد اشار اليه المص بقوله
لان الاقرار موجب بنفسه فيامره اي يامر القاضي المدعى عليه بالخروج عنه اي عما يوجبه الاقرار وان انكر اي المدعى عليه
سال المدعي البينة اي طلب القاضي من المدعي البينة لقوله اي لقول النبي عليه الصلوة والسلام للمدعي الك بينة

فقال لا

فقال لا اي قال المدعي لا بينة لي فقال اي قال النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه اي يمين المدعى عليه سال
اي سال رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعي عن البينة ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السوال
اي فلا بد للقاضي من السوال عن البينة ليمكنه الاستحلاف اي ليمكن القاضي استحلاف المدعى عليه عند فقد البينة
قال اي القدوري في مختصره فان احضرها اي فان احضر المدعي البينة على وفق دعواه قضى بها اي قضى القاضي
بالبينة لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى لترجح جانب الصدق على الكذب بالبينة وهي اي البينة فعيلة من البيان
لانها دلالة واضحة يظهر بها الحق من الباطل وقيل فعيلة من البين اذ بها يقع الفصل بين الصادق والكاذب
كذا في الكافي وان عجز عن ذلك اي وان عجز المدعي عن احضار البينة وطلب يمين خصمه وهو المدعى عليه استحلفه
عليها اي استحلف القاضي خصمه على دعواه لما روينا اشارة الى قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه بعد ان قال
المدعي لا ولا بد من طلبه اي من طلب المدعي استحلاف خصمه لان اليمين حقه اي حق المدعي الا يرى كيف اضيف
اليه بحرف اللام اي كيف اضيف اليمين الى المدعي بحرف اللام في قوله صلى الله عليه وسلم لك يمينه والاضافة اليه
بحرف اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حقه وانما قال المص اضيف بتذكير الفعل مع كونه
مسندا الى ضمير اليمين التي هي مؤنث على تاويل القسم او الحلف قال صاحب الكافي والفقه فيه اي في كون
اليمين حق المدعي ان المدعي يزعم انه اتوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء
بمقابلة اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل
التعظيم صادقا ولا يتضرر به بوجه انتهى وقال صاحب النهاية بعد ما ذكر في الكافي ثم انما رتب اليمين
على البينة لا على العكس لان نفس الدعوى ليست بموجبة استحقاق المدعي المدعى لان فيه اساءة الظن
بالآخر وذلك لا يجوز فوجبت اقامة البينة على المدعي لاثبات استحقاقه بها فيطالبه القاضي بذلك
لا على وجه الالزام عليه بل على وجه التذكير له فلو قدمنا اليمين لم يكن فيه نظر للمدعى عليه اذا اقامة البينة
مشروعة بعد اليمين فلو حلفناه اولا ثم اقام المدعي البينة فتفضح المدعى عليه باليمين الكاذبة انتهى
وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر وبيني وجه النظر فيما نقل عنه حيث قال وجه ذلك
ان الشرع لو ورد بتقديم اليمين لما كان اقامة البينة بعد ذلك مشروعة كما اذا اقام البينة فان
اليمين بعدها ليست بمشروعة انتهى وقال بعض الفضلاء قوله لما كان اقامة البينة بعد ذلك
مشروعة فيه بحث بل تكون مشروعة [illegible] انتهى اقول
بحثه هذا ليس بشيء لان مراد صاحب العناية [illegible] اقامة البينة بعد تحقق اليمين
وصدوره من المدعى عليه مشروعة يرشد اليه قطعا قوله كما اذا اقام البينة فان اليمين بعدها ليست
بمشروعة ومراد صاحب النهاية ايضا بقوله اذا اقامة البينة مشروعة بعد اليمين مشروعية
اقامة البينة بعد تحقق اليمين وصدوره من المدعى عليه لان افتضاح المدعى عليه باليمين الكا

ذبة

انما يلزم في هذه الصورة فاحتمال كون مشروعية البينة اذا عجز المدعى عليه عن اليمين بان نكل لا يفيد في دفع نظر صاحب
العناية على ما قاله صاحب النهاية على ان هذا الاحتمال ليس بصحيح في نفسه لان النكول عن اليمين ليس بعجز عنها اذ هي حالة
اختيارية دالة على صدق المدعي بخلاف العجز عن البينة على ما لا يخفى ثم اقول بقي نظر اخر في كلام صاحب النهاية وهو ان
مشروعية اقامة البينة بعد اليمين تقتضي ان لا يكون افتضاح المدعى عليه باليمين الكاذبة محذورا شرعيا لان اقامة
البينة بعد اليمين تستلزم الافتضاح المزبور ومشروعية اقامتها بعد اليمين تقتضي حسنها فان كل ما هو مشروع فهو
حسن عندنا والظاهر ان ما يستلزمه الحسن الشرعي فهو حسن شرعي ايضا فلا يصلح الافتضاح المزبور محذورا شرعيا فلا يتم
التقريب فتأمل **باب اليمين** قال صاحب النهاية وهذا الترتيب من الترتيب الوجودي لان شرعية
اليمين بعد العجز عن اقامة البينة فلما ذكر حكم البينة وما يتعلق به ذكر في هذا الباب حكم اليمين انتهى اقول فيه شيء
وهو ان كون شرعية اليمين بعد العجز عن اقامة البينة لا يجري على قول ابي يوسف وعلى قول محمد في رواية كما سيظهر في
صدر هذا الباب فلم يكن ما ذكره وجها جامعا لاقوال الائمة ثم انه كما ذكر فيما تقدم حال البينة اجمالا ذكر فيه ايضا حال اليمين
اجمالا فهما مشتركان في الذكر الاجمالي فيما قبل هذا الباب واما تفاصيل احكام البينات فتذكر فيما بعد هذا الباب كما تذكر
تفاصيل احكام اليمين في هذا الباب فلم يظهر كون ترتيب الكتاب على الترتيب الوجودي فالاولى ما قاله صاحب العناية من انه لما
ذكر ان الخصم اذا انكر الدعوى وعجز المدعي عن اقامة البينة وطلب اليمين يجب عليه ان يحلف اراد ان يبين الاحكام المتعلقة
باليمين انتهى وقال صاحب غاية البيان اقول ما كان يحتاج هنا الى الفصل بالباب بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا لانه
لما ذكر صحة الدعوى ترتب عليها الحكم بالاقرار والبينة واليمين انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في غاية البيان
قلت الذي رتبه المص هو الاصل لانه لما كانت اليمين مشروعة بعد فقد البينة تعين ذكرها بعدها بانفرادها وشرائطها
انتهى اقول هذا الكلام منه في معرض الجواب عما نقله من العجائب لان ما استقبحه صاحب غاية البيان انما هو الفصل بالباب
لا ذكر اليمين بعد البينة كيف وهو قال بل كان ينبغي ان يسوق الكلام متواليا فما ذكره الشارح العيني تماما لا يدفع
ما استقبحه صاحب الغاية فكأنه ما فهم معنى صريح كلامه ثم اقول في دفع ذلك ان افراد بعض المسائل من بين اخواتها
بوضع باب مستقل لها او كتاب او فصل لكثرة مباحثها واحكامها او لتعلق غرض اخر باستقلالها كافراد الطهارة من بين
سائر شروط الصلوة بوضع كتاب مستقل لها وغيرها مما له باب مستقل او فصل مستقل شائع ذائع فيما بينهم وهذا الباب
ايضا من ذلك القبيل ولهذا ترى الثقات من اصحاب الكتب المعتبرة من الفتاوى وغيرها جروا على افراد مسائل اليمين بباب او فصل
مستقل فليس صنع المص ههنا محلا للاستقباح ولا الاستهجان كما لا يخفى قوله واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف
عند ابي حنيفة رح هذا لفظ القدوري قال المص معناه حاضرة في المصر يعني قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة حاضرة
انما قال لي بينة حاضرة في المصر واحترز بهذا القيد عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة اذا حضرت في مجلس
الحكم لم يستحلف بالاتفاق كما اشار اليه المص بقوله فيما سيأتي كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس واحترز بقوله حاضرة
عن البينة الغائبة عن المصر فانها اذا غابت عن المصر يستحلف بالاتفاق ثم ان الظاهر كان ان يقرن المص قوله معناه

حاضرة

حاضرة في المصر بذكر قول القدوري اذا قال المدعي لي بينة حاضرة وقد اخره عن ذكر قوله وطلب اليمين لم يستحلف عند
ابي حنيفة فلعل وجهه امران احدهما ان المص استقبح قطع كلام القدوري بكلام نفسه فانتظر الى ان
يتم جواب مسئلة القدوري ثم فسر مراده بالحضور في المصر وثانيهما ان فائدة هذا التفسير الاحتراز عن صورة
الحضور في المجلس حيث كان عدم الاستحلاف هناك بالاتفاق وفيما نحن فيه بالاختلاف فما لم يذكر القول
المشعر بالخلاف في مسئلتنا وهو قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة لم يظهر فائدة هذا التفسير
فاقتضى هذا السر تاخير المص قوله المزبور عن ذكر قول القدوري لم يستحلف عند ابي حنيفة قوله وقال ابو يوسف
رح يستحلف لان اليمين حقه اي حق المدعي بالحديث المعروف فسر عامة الشراح الحديث المعروف بما مر قبيل هذا
الباب من قول النبي صلى الله عليه وسلم لك يمينه ولكن قال صاحب غاية البيان بعدما فسر مراد المص
بالحديث المعروف بما فسر به سائر الشراح ويجوز ان يريد به قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر
اقول لا يذهب على من تتبع اساليب تحرير المص في كتابه هذا انه يعبر عن الحديث الذي ذكره فيما قبل بما روينا
كما يعبر عن الاية التي ذكرها فيما قبل بما تلونا وعن الدليل العقلي الذي ذكره فيما قبل بما ذكرنا فلو كان مراده بالحديث
المعروف ما ذكره فيما قبل من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه لما عدل عن اسلوبه المعروف الا يرى انه كيف
جرى على ذلك الاسلوب في ذكر دليل ابي حنيفة رح حيث قال لان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة
البينة بما روينا فاريد به الحديث المذكور فيما قبل فالحق ان مراده بالحديث المعروف انما هو قول النبي صلى الله
عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر اي ما جزم صاحب الغاية لا غير ويؤيده تحرير صاحب الكافي ههنا
حيث قال وقال ابو يوسف يستحلف لعموم قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر
انتهى فان قلت الذي حمل الشراح على تفسيرهم الحديث المعروف بما ذكر قول المص لان اليمين حقه فان كون
اليمين حق المدعي يفهم من قوله عليه الصلوة والسلام لك يمينه حيث اضاف اليه اليمين بلام الملك والاختصاص
قلت نعم ولكن يفهم ذلك ايضا من قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فان كلمة على
في قوله على من انكر يدل على ان المنكر هو المستحق عليه باليمين فالمستحق له هو المدعي نعم انفهامه من الاول اظهر
لكن هذا لا يوجب حمل كلام المص على خلاف ما جرت عليه عادته المطردة قوله فاذا طالبه به يجيبه اي اذا طالب
المدعي المدعى عليه باليمين يجيب القاضي المدعي اي يحكم له بيمين المدعى عليه او يجيب المدعى عليه المدعي اي يحلف
ولابي حنيفة رحمه الله ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على [illegible] الصلوة
والسلام للمدعي الك بينة فقال لا فقال لك يمينه فانه ذكر اليمين بعدما عجز المدعي عن البينة فلا يكون
حقه دونه اي لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عن اقامة البينة اي بغير العجز عنها اقول لقائل
ان يقول ان كون ثبوت الحق في اليمين مرتبا على العجز عن اقامة البينة فيما رواه من الحديث الشريف لا يدل
على ان لا يكون اليمين حق المدعي دون العجز عنها الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا فكيف يتم

الاستدلال به فيما بل في عموم الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس اي في مجلس الحكم حيث لا يثبت له حق اليمين هناك فكذا هنا في الجامع
القدرة على اقامة البينة قوله لابي يوسف ان يفرق بين الصورتين بان يقول اذا لم تكن البينة حاضرة في مجلس
الحكم فللمدعي غرض صحيح في الاستحلاف وهو ان يقصر المسافة والمؤنة عليه باقرار المدعى عليه او بنكوله عن اليمين فيتوصل
الى حقه في الحال فكان له حق اليمين بخلاف ما اذا كانت البينة حاضرة في مجلس الحكم فان هذا الغرض اعني قصر المسافة
والمؤنة عليه والتوصل الى حقه في الحال يحصل باقامة البينة في الحال فلم يبق له غرض صحيح في الاستحلاف قبل اقامتها
فلم يكن له حق اليمين قبلها فلم يتم الاستدلال على قول ابي حنيفة رح ههنا بطريق القياس ايضا كما يشعر به كلام المص ومحمد رواية
مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة رحمه الله فيما ذكره الطحاوي قال صاحب غاية البيان وهذه رواية
عجيبة لان الشيخ ابا جعفر الطحاوي قال في مختصره ومن ادعى على رجل ما لا ذكره وطلب من القاضي استحلافه له على
ذلك بعد انكار المدعى عليه عند القاضي ما ادعاه المدعي فان ابا حنيفة قد روي عنه في ذلك ان القاضي لا يستحلف
له المدعى عليه ان ذكر المدعي ان له على دعواه بينة حاضرة ولم نجد هذه الرواية عن محمد قال ابو يوسف يستحلفه على ذلك
ولا يمنعه من استحلافه ذكره لذلك ان له بينة حاضرة تشهد له كما ترى ومع هذا كيف يدعي صاحب الهداية ان محمدا مع
ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي والامر عن القدوري قال في كتاب التقريب قال الطحاوي لم توجد هذه الرواية عن محمد
انتهى كلام صاحب الغاية وقال الشارح العيني بعد ان ذكر انكار صاحب الغاية على المص في جعله محمدا مع ابي حنيفة
فيما ذكره الطحاوي وبعد ان نقل ما قاله صاحب الغاية اجمالا قلت لا وجه لهذا الانكار لان عدم وقوف الطحاوي
على ان محمدا مع ابي حنيفة لا يستلزم عدم وقوف غيره من المص وغيره انتهى قول هذا الكلام منه عجيب لان
الذي انكر فيه صاحب الغاية على المص انما هو اسناد المص رواية كون محمد مع ابي حنيفة الى الطحاوي بناء على ان الطحاوي
قد انكر هذه الرواية عن محمد بالكلية في مختصره فكيف يصح ان يسندها المص اليه وليس الذي انكر فيه صاحب الغاية على المص
صحة هذه الرواية عن محمد في اصلها حتى يتمشى ما قاله العيني من ان عدم وقوف الطحاوي على هذه الرواية لا يستلزم
عدم وقوف غيره عليها فكون محل انكار صاحب الغاية ما ذكرناه مما ينادي عليه الفاظ تحريره فكيف خفي على الشارح العيني
قال اي القدوري في مختصره ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه الصلوة والسلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر وجه الاستدلال به ما اشار اليه المص بقوله قسم اي قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين الخصمين حيث
جعل البينة على المدعي واليمين على من انكر والقسمة تنافي الشركة لان الشركة تقتضي عدم التمييز والقسمة تقتضي
التمييز وهما متنافيان وبقوله وجعل جنس الايمان على المنكرين اذ الالف واللام لاستغراق الجنس بناء
على ما تقرر في كتب الاصول ان لام التعريف يحمل على الاستغراق ويتقدم على تعريف الحقيقة اذا كان لم يكن هناك
معهود وههنا كذلك وليس وراء الجنس شيء اي شيء من افراد ذلك الجنس فيكون المعنى ان جميع الايمان على المنكرين
فلو رد اليمين على المدعي لزم المخالفة لهذا النص فقد حصل من كلام المص الاستدلال بالحديث المزبور على المسألة

المذكورة

المذكورة من وجهين كما ترى وفيه خلاف الشافعي رح اي في عدم رد اليمين على المدعي خلاف الشافعي قال صاحب الكافي
وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا وحلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضي به له والا
لا لان الظاهر صار شاهدا للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن اقامة
شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضي له بما ادعى وان نكل لا يقضى له بشيء لانه عليه السلام قضى بشاهد ويمين
ثم قال وحديث الشاهد واليمين غريب وما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار في حيز التواتر فلا يعارضه
على ان يحيى بن معين قد رده انتهى وقال الامام الزيلعي في التبيين قال الشافعي رح اذا لم يكن للمدعي بينة
يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعي فان حلف قضي له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعي
بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه فانه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال ايضا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا
وعجز عن الآخر يحلف المدعي ويقضى له لما روي انه عليه السلام قضى بشاهد ويمين ويروى انه عليه السلام قضى
باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه
ربيعة عن سهيل بن ابي صالح وانكر سهيل فلا يبقى حجة بعد ما انكر الراوي فضلا ان يكون معارضا للمشهور ولانه
يحتمل ان يكون معناه قضى تارة بشاهد يعني بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال
ركب زيد الفرس والبغلة والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضي الجمع فكيف فيه دلالة على انه يمين المدعي
بل يجوز ان يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع
الى يمين المنكر عملا بالمشهور ههنا كلامه قال اي القدوري في مختصره ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك
المطلق اراد بالملك المطلق ان يدعي الملك من غير ان يتعرض للسبب بان يقول هذا ملكي ولا يقول هذا
ملكي بسبب الشراء او الارث او نحو ذلك وهذا لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفي ولا
بالاثبات وقيد الملك بالمطلق احترازا عن المقيد بدعوى النتاج وعن المقيد بما اذا ادعيا تلقي الملك من واحد
واحدهما قابض وبما اذا ادعيا الشراء من اثنين وارخا وتاريخ ذي اليد اسبق فان في هذه الصور تقبل بينة
ذي اليد بالاجماع كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد هذا فان قيل لما انتقض تقتضي القسمة حيث قبلت
بينة ذي اليد وهو مدعى عليه قلت نعم لان قبولها من حيث ما ادعى من الزيادة من النتاج والقبض وسبق
التاريخ فهو من تلك الجهة مدع والبينة للمدعي فان قلت فهل يجب على الخارج اليمين لكونه اذ ذاك مدعى عليه
قلت لا لان اليمين انما تجب عند عجز المدعي عن البينة وههنا المدعي [illegible] ههنا كلامه وقد رد بعض الفضلاء
على جوابه عن السؤال الاول بانه لو كان مدعيا لصدق تعريفه عليه وليس كذلك فانه لا يجبر الخارج عن الخصومة
ويجبر هو عليها وعلى جوابه عن السؤال الثاني بان مراد السائل فهل يجب على الخارج اليمين عند عجز ذي اليد عن البينة
والا فلا تمشية لسؤاله اصلا اقول ايراده الثاني متوجه ظاهر وقد كنت كتبته في مسودتي قبل ان اراه كتبه
واما ايراده الاول فمندفع لان ذا اليد لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدعى عليه باستحقاق الخارج الذي

وهذا ظاهر وكذا الخارج انما لا يجبر على الخصومة من حيث انه مدع على ذي اليد استحقاقه لما في يده واما من حيث
انه مدعى عليه بالزيادة المذكورة في الصور المزبورة فيجبر عليها وتحقيقه ان دعوى ذي اليد في الصور المزبورة دعوى
تابعة لدعوى الخارج حيث يقصد بها ذو اليد دفع دعوى الخارج لا دعوى مبتداة مقصودة بالاصالة ففي جر
الخارج على دعواه يدعي عليه ذو اليد الزيادة المذكورة ويجبر الخارج على الجواب عن دعوى ذي اليد في الخصومة
معه من حيثية كونه مدعى عليه وان ترك الخارج دعواه لا يدعي عليه ذو اليد شيئا لكون دعواه تابعة لدعوى
الخارج وترك المتبوع يستلزم ترك التابع فلا يجبر الخارج على الخصومة معه اصلا ولولا هذا التحقيق لا تنتقض
تعريف المدعي والمدعى عليه بما هو حد تام صحيح على ما نص عليه المص فيما قبل وتقرر عندهم وهو المدعي من لا
يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة بصور كثيرة غير الصور المزبورة كما اذا ادعى
رجل على آخر دينا معينا فادعى الآخر عليه ايفاء ذلك الدين اياه او ابراءه عن ذلك الدين فان الاول لو ترك الخصومة
لم يجبر عليها مع كونه مدعى عليه بالايفاء او بالابراء وكذا الحال في جميع صور دعاوى الدفع فالمخلص في الكل
ما بيناه وحققناه ثم اقول بقي لنا كلام في اثناء جواب صاحب العناية عن السؤال الاول وهو انه بين
الزيادة التي يدعيها ذو اليد في الصور المزبورة بالنتاج والقبض وسبق التاريخ فالاول والثالث صحيحان
والثاني ليس بظاهر الصحة لان معنى كون احدهما قابضا في الصورة الثانية ان يكون المدعى في يده بالفعل
لا ان يثبت قبضه بالبينة على ما سيجيء تفسيره وبيانه في الكتاب وفروعه في باب ما يدعيه الرجلان ولا يخفى
ان كون المدعى في يد القابض في تلك الصورة امر معاين لا يدعيه ذو اليد اصلا فضلا عن اقامة البينة عليه
وقبول بينته بالاجماع فظهر ان بيان ما ادعاه ذو اليد من الزيادة في الصورة المزبورة بالقبض ليس بتام فالحق ان يقول
بدل قوله والقبض وتلقي الملك من شخص خصوص فتدبر وبينة الخارج اولى يعني ان بينة الخارج وبينة ذي
اليد اذا تعارضتا على الملك المطلق فبينة الخارج اولى بالقبول عندنا وفي احد قولي الشافعي تهاترت البينتان
ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهذا قضاء ترك لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضي
بها لذي اليد قضاء ملك بالبينة وهو الذي ذكره المص بقوله وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها
باليد اي لتأكد البينة باليد لان اليد دليل الملك فيتقوى الظهور اي فيتقوى ظهور المدعى وصار اي ما حكم
هذه المسألة كالنتاج اي كحكم مسألة النتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ان هذه الدابة نتجت عنده
واقاما البينة [illegible] النكاح اي وكحكم مسألة النكاح بان تنازعا في نكاح
امرأة واقاما البينة وهي في يد احدهما [illegible] دعوى الملك مع الاعتاق اي وكحكم مسألة دعوى
الملك مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو اليد البينة
انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى او الاستيلاد عطف على الاعتاق فالمعنى او دعوى الملك مع الاستيلاد
بان يكون امة في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انها امته استولدها فبينة ذي اليد اولى

او التدبير

او التدبير اي او دعوى الملك مع التدبير بان يكون عبد في يد رجل فاقام كل واحد من الخارج وذي اليد البينة انه
عبده دبره فبينة ذي اليد اولى ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في علم القاضي او اظهارا اي في الواقع فان
بينته تظهر ما كان ثابتا في الواقع لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق
الملك الا يرى ان من رأى شيئا في يد انسان جاز له ان يشهد بانه ملك له فبينة ذي اليد غير مثبتة للملك لئلا يلزم
تحصيل الحاصل وانما هي مؤكدة للملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا اثبات اصل الملك واما بينة
الخارج فمثبتة لاصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا وما هو اكثر اثباتا في البينات فهو اولى بالقبول لتوفر ما شرعت
البينات لاجله فيه هذا زبدة ما في الشروح في حل كلام المص ههنا فان قيل بينة الخارج تزيل ما اثبته اليد من الملك
فبينة ذي اليد تفيد الملك ولا يلزم تحصيل الحاصل اجيب بان البينة ليست موجبة بنفسها حتى تزيل بينة الخارج ما ثبت
باليد وانما تصير موجبة عند اتصال القضاء بها كما تقدم فقبله يكون الملك ثابتا للمدعى عليه واثبات الثابت لا يتصور
فلا تكون بينة ذي اليد مثبتة بل مؤكدة للملك الثابت والتاسيس اولى من التاكيد كذا في العناية اقول بقي ههنا شيء
وهو ان المتبادر من قولهم ان بينة الخارج اكثر اثباتا ومن قولهم ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينة ذي اليد في
الملك المطلق ان لذي اليد ايضا بينة وان من حقها ان تتهاتر على الملك المطلق ايضا الا ان بينة الخارج اولى بالقبول من بينته
لكونها اكثر اثباتا لكن التحقيق يقتضي ان لا يكون لذي اليد بينة شرعية في الملك المطلق وان لا يكون من حقه اقامتها
على الملك المطلق اصلا لانه مدعى عليه محض وليس على المدعى عليه غير اليمين بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر بما قررنا بيانه فالاظهر في الاستدلال من قبلنا على مسئلتنا هذه ما ذكر في بعض
الشروح من ان لنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر فانه عليه السلام جعل جميع البينة في جانب المدعي
لان اللام في البينة لاستغراق الجنس لعدم العهد فلم يبق في جانب المدعى عليه الا اليمين والمدعي اسم لمن يدعي
الشيء ولا دليل له معه ولهذا يقال مسيلمة الكذاب مدعي النبوة والخارج بهذه المثابة لانه لا دليل له معه على الملك
بخلاف ذي اليد فان اليد دليل الملك انتهى بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه فكانت بينة ذي اليد كبينة
الخارج مثبتة له لا مؤكدة فكانت كل واحدة من البينتين للاثبات فترجحت احديهما باليد وكذا الحال في النكاح
الا ان المص لم يذكره من بين اخواته اما نسيانا واما اعتمادا على معرفة حاله مما ذكره في النتاج وكذا على الاعتاق
واخته اي وكذا اليد لا تدل على الاعتاق واخته وهما الاستيلاد والتدبير فاستوت البينتان في الاثبات
في هذه الصور ايضا فترجحت احديهما باليد وعلى الولاء الثابت بها اي بهذه الاشياء الثلاثة وهي الاعتاق
والاستيلاد والتدبير يعني ان اليد لا تدل على الولاء الثابت بها ايضا فاستوت البينتان في ذلك ايضا فترجحت
احديهما باليد قال اي القدوري في مختصره واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول اي قضى القاضي على
المدعى عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه اي والزم القاضي المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وفي بعض نسخ مختصر
القدوري ولزمه بدل والزمه اي ولزم المدعى عليه ما ادعى عليه المدعي وقال الشافعي لا يقضي به اي بالنكول

بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف اى المدعي يقضي به اى يقضي له بما ادعاه وان نكل المدعي ايضا
انقطعت المنازعة لان النكول تعليل لقوله لا يقضي به يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة
اى عن اليمين الصادقة كما روى عن عثمان رضي الله عنه انه نكل عن اليمين وقال اخاف ان يوافقها قضاء
فيقال ان عثمان حلف كاذبا كذا ذكره الامام خواهر زاده في مبسوطه واشتباه الحال اى ويحتمل اشتباه
الحال عليه بان لا يدرى انه صادق في انكاره فيحلف او كاذب فيه فيمتنع فلا ينتصب اى لا ينتصب
نكول المدعى عليه حجة مع الاحتمال المذكور ويمين المدعي دليل الظهور اى دليل ظهور ركون المدعي
محقا فيصار اليه اى فيرجع الى يمين المدعي ولنا ان النكول اى نكول المدعى عليه دل على كونه باذلا
اى دل على كون المدعى عليه باذلا ان كان النكول بذلا كما هو مذهب ابي حنيفة رحمه الله او مقرا اى على
كونه مقرا ان كان النكول اقرارا كما هو مذهبهما ولولا ذلك اى ولولا كونه باذلا او مقرا لاقدم
على اليمين اقامة للواجب وهو اليمين لانها واجبة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على
من وكلمة على للوجوب ودفعا للضرر عن نفسه اى دفعا لضرر الدعوى عن نفسه فترجح هذا الجانب
واعلم ان حل المراد بهذه المقدمة من دليلنا وربطه بما قبلها من ادحض هذا الكتاب ولهذا لم يخل كلام
كل واحد من الشراح هنا عن اختلال واضطراب فقال صاحب العناية فترجح هذا الجانب اى جانب كونه
باذلا ان ترفع او مقرا ان تورع لان الترفع والتورع انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير انتهى اقول
فيه بحث اما اولا فلان توزيع كونه باذلا او مقرا الى التورع والترفع مما لا يكاد يصح هنا لان
الكون عند ابي حنيفة بذلا لا غير وعندهما اقرارا لا غير فعلى التوزيع المزبور لا يثبت الرجحان في هذا
الجانب على الترفع والتورع معا في واحد من المذهبين بل انما يثبت رجحان كونه باذلا في مذهب ابي
حنيفة على الترفع فقط ورجحان كونه مقرا في مذهبهما على التورع فقط وبه لا يتم المطلوب على شيء
من المذهبين لان الترفع وحده او التورع وحده محتمل واحد من المحتملات المذكورة في دليل الشافعي
وبمجرد رجحان هذا الجانب على واحد من تلك المحتملات لا يتعين كونه مرادا للناكل حتى يتم المطلوب والحاصل
ان في تقرير صاحب العناية خلط المذهبين كما ترى واما ثانيا فلانا لا نسلم ان التورع عن اليمين الكاذبة
سيما عن اليمين الغموس كما فيما نحن فيه انما يحل اذا لم يفض الى الضرر بالغير بل الظاهر ان التورع عنها واجب
في كل حال واعترض [illegible] فان ما ذكره من الافضاء الى الضرر بالغير غير
ظاهر انتهى اقول هذا غير وارد فان [illegible] في التورع عن اليمين الكاذبة ظاهر جدا لان كون
المنكر كاذبا في يمينه انما يتصور فيما اذا كان للمدعي حق عليه في الواقع فلو تورع عن اليمين الكاذبة بدون البذل
او الاقرار افضى الى الضرر بالمدعي قطعا لتضييع حقه وهو ما ادعاه وكذا الافضاء اليه في صورة الترفع عن
اليمين الصادقة يظهر بادنى تامل لان يمين المنكر حق المدعي لقوله عليه الصلاة والسلام لك يمينه كما مر فلو ترفع

عن اليمين

عن اليمين ولو عن الصادقة بدون ارضاء المدعي بالبذل ونحوه افضى الى الضرر بالمدعي بمنع حقه وهو يمين
خصمه وقال صاحب النهاية وصاحب الكفاية فترجح هذا الجانب اى جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع
لان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذا الجانب
في نكوله انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان ما ذكره من الدليل انما افاد رجحان هذا الجانب اى جانب
كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة حيث لم يكن الترفع عنها لما الزمه الشرع فلا ينبغي ان يلتزمه
الناكل ولم يفد رجحانه على التورع عن اليمين الكاذبة فلا معنى لقولهما على جانب التورع وان اريد بجانب التورع
الجانب المقابل لجانب البذل والاقرار لا التورع نفسه فيكون الترفع ايضا داخلا في ذلك الجانب يبقى ان يقال
ما ذكراه من الدليل انما افاد رجحان جانب كونه باذلا او مقرا على الترفع عن اليمين الصادقة فقط وهو محتمل
واحد من المحتملات المذكورة في دليل الخصم وبمجرد الرجحان عليه لا يتم مطلوبنا كما مر آنفا واما ثانيا فلان ما ذكراه
من الدليل غير مذكور في كلام المصنف وغير منفهم منه فكيف يتم بناء شرح قول المصنف فترجح هذا الجانب عليه والفاء
في فترجح يقتضي التفريع على ما سبق من كلامه كما لا يخفى وقال صاحب غاية البيان فترجح هذا الجانب اى ترجح جانب
كون الناكل باذلا او مقرا على الوجه المحتمل وهو كونه متورعا او نحو ذلك لان النكول امتناع عن اليمين التي حقت
عليه فلولا ان النكول بذل واقرار لكان النكول امتناعا عن الواجب وظلما على المدعي والعاقل الدين لا يترك
الواجب ولا يقدم على الظلم والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان امتناعا
عن اليمين الصادقة يكون بذلا انتهى اقول وفيه ايضا بحث اما اولا فلان قوله وظلما على المدعي ليس بتام اذ لا
نسلم ان النكول لو لم يكن بذلا او اقرارا لكان ظلما على المدعي لجواز ان يكون للترفع عن اليمين الصادقة وفيه
لا يتحقق الظلم على المدعي لان صدق المدعى عليه في انكاره يستلزم كذب المدعي في دعواه والكاذب ليس بمظلوم
بل هو ظالم اللهم الا ان يقال يجوز ان يعد النكول ظلما على المدعي في صورة صدق المدعى عليه ايضا من جهة ان يمين المدعى
عليه حق المدعي بموجب الحديث على ما مر وان في النكول عنها منع هذا الحق فصار ناكل ظالما على المدعي في الجملة واما
ثانيا فلان في التوزيع الحاصل من قوله والحاصل ان النكول ان كان امتناعا عن اليمين الكاذبة يكون اقرارا وان كان
امتناعا عن اليمين الصادقة يكون بذلا اخلالا حيث لا يتم المطلوب حينئذ على واحد من المذهبين بل يحتاج الى خلطهما
على ما بيناه في بحثنا الاول في كلام صاحب العناية فالصواب عندي في حل مراد المصنف هنا ان يقال فترجح هذا الجانب
اى جانب كون الناكل باذلا او مقرا على جميع الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي بناء على مقتضى ما سبق من قوله
اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه وبيان ذلك ان العاقل الدين لا يترك ما هو واجب
عليه ولا يترك دفع الضرر عن نفسه بشيء من تلك الوجوه المحتملة اما بالترفع عن اليمين الصادقة فظاهر اذ هو ليس
بامر ضروري اصلا حتى يترك به الواجب ودفع الضرر عن النفس واما بالتورع عن اليمين الكاذبة فلان المتورع
لا يترك الواجب عليه بل يعطي حق خصمه فيسقط الواجب عن عهدته فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين

ترفع [illegible] ما ذكره صاحب النهاية وصاحب الكفاية [illegible] ولانه لا يمكن من الترفع عن اليمين الصادقة الا ببذل الا ان الا انما يترفع ملتزما بالضرر [illegible] بالغير بمنع الحق انتهى تامل [illegible]
ويجوز [illegible] ان الشرع الزمه التورع عن اليمين الكاذبة [illegible]

انتفى احتمال كونه متورعا واما باشتباه الحال فلان من يشتبه عليه الحال لا يترك الواجب عليه ايضا بل يتحرى فيقدم
على اقامة الواجب ويعطى حق خصمه فيسقط عن عهدته الواجب فان لم يكن الناكل باذلا او مقرا ولم يقدم على اليمين
انتفى هذا الاحتمال ايضا وبالجملة ان قول المص اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه
كلمة جامعة تندفع بها الوجوه المحتملة المذكورة في دليل الشافعي باسرها فيترجح كون الناكل باذلا او مقرا بالضرورة
ولا وجه لرد اليمين لما قدمنا اشار به الى قوله ولا يرد اليمين على المدعي لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي
واليمين على من انكر الخ ونحن ايضا قدمنا واستوفينا هناك دليل الشافعي في رد اليمين على المدعي واجوبتنا عنه نقلا
عن الكافي والتبيين مما لا مزيد عليه فتذكر قال اى القدوري في مختصره وينبغي للقاضي ان يقول له اى للمدعى عليه
انى اعرض عليك اليمين ثلثا اى ثلث مرات فان حلفت اى ان حلفت خلصت او تركتك والا قضيت عليك بما ادعاه
اى بما ادعاه المدعي قال المص وهذا الانذار اى قول القاضي والا قضيت عليك بما ادعاه لاعلامه بالحكم اى الحكم بالنكول
اذ هو موضع الخفاء لكونه مجتهدا فيه فان للشافعي خلافا فيه فيجوز ان يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول فوجب ان يعرفه
حتى يحلف او ينكل كذا في الشروح قال اى القدوري في مختصره فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول
قال المص وهذا التكرار ذكره الخصاف رحمه الله لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء الاعذار اى في اظهارها يعنى ان هذا
التكرار الذى ذكره الخصاف للاستحباب لا لانه شرط لجواز القضاء بالنكول ونظيره امهال المرتد
ثلثة ايام فانه مستحب لا واجب واوضح هذا بقوله فاما المذهب فانه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز
لما قدمناه من ان النكول بذل او اقرار وليس التكرار بشرط في شئ منهما هو الصحيح احتراز عن قول بعضهم انه
لو قضى بالنكول مرة واحدة لا ينفذ كذا في اكثر الشروح وهذا معنى قول صاحب الكافي والتقدير بالثلث في عرض
اليمين لازم في المروى عن ابي يوسف ومحمد والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في
الصحيح انتهى وقال صاحب غاية البيان احتراز عن قول الخصاف فانه يشترط التكرار انتهى اقول
هذا ليس بشرح صحيح فان المص بعد ما صرح بان الخصاف ذكر التكرار لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء
الاعذار كيف يزعم انه اشترط التكرار فيحترز عن قوله والاول اولى اى العرض ثلث مرات اولى يعنى ان
القضاء بالنكول بعد العرض جائز ولكن الاولى هو القضاء بالنكول بعد العرض ثلث مرات وفي النهاية وذكر
في فتاوى قاضيخان صورة المسئلة قال رجل قدم رجلا الى القضاء فادعى عليه مالا او ضيعة في يده او حقا
من الحقوق فانكر [illegible] ينبغى للقاضي ان يقول له انى اعرض عليك اليمين ثلث
مرات فان حلفت و [illegible] احلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذى يدعى
كذا وكذا ولا شئ منه فان ابى ان يحلف بالله في المرة الاولى يقول له في المرة الثانية كذلك فان ابى ان يحلف في
المرة الثانية يقول له بقيت الثالثة ثم اقضى عليك ان لم تحلف ثم يقول له ثالثا احلف بالله ما لهذا عليك
هذا المال ولا شئ منه فان ابى ان يحلف يقضى عليه بدعوى المدعي وان قضى القاضي بالنكول في المرة الاولى نفذ

قضاؤه انتهى قال صاحب الكافي ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول
فيه اختلاف انتهى وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز ولا بد من ان يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر
يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول
فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعي على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا انه ليس له ان يخاصمه ما لم يقم
البينة على وفق دعواه فان وجد بينة اقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة
بعد الحلف ويقولون ترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعي بعد ذلك كما ترجح جانب صدق المدعي بالبينة
حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير ماخوذ به وليس بشئ اصلا لان عمر رضي الله عنه قبل البينة
من المدعي بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة احق ان ترد من البينة العادلة وهل يظهر كذب
المنكر باقامة البينة والصواب انه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان
لفلان على الف فادعى عليه فانكر فحلف ثم اقام المدعي البينة ان له عليه الفا وقيل عند ابي يوسف يظهر كذبه وعند محمد
لا يظهر لاحتمال انه كان ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه اى حكم الثاني
وهو الحكمي حكم الاول وهو الحقيقي اذا علم انه لا آفة به اى بالمدعى عليه من طرش الطرش بفتحتين اهون الصمم يقال
هو مولد او خرس الخرس بفتحتين ايضا آفة باللسان يمنع الكلام اصلا هو الصحيح اختلفت الروايات فيما اذا سكت
المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل لا احلف فقال بعض اصحابنا اذا سكت سال القاضي عنه هل به خرس او طرش
فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في غاية البيان نقلا
عن شرح الاقطع قال اى القدوري في مختصره وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة
ولا يستحلف عنده يريد به التعميم بعد تخصيص النكاح بالذكر في النكاح اى لا يستحلف عنده في دعوى النكاح
بان ادعى رجل على امراة انه تزوجها او بالعكس والرجعة اى لا يستحلف عنده في الرجعة ايضا بان ادعى بعد الطلاق
وانقضاء العدة انه كان راجعها في العدة وانكرت او بالعكس والفيء في الايلاء اى وفي دعوى الفيء بالايلاء
ايضا بان ادعى بعد انقضاء مدة الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت او بالعكس والرق اى وفي دعوى الرق
ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه عبده وانكر المجهول او بالعكس والاستيلاد اى وفي دعوى الاستيلاد ايضا
بان ادعت امة على مولاها انها ولدت منه ولدا وانكر المولى ولا يجرى فيه العكس كما سيذكره المص والنسب
اى في دعوى النسب ايضا بان ادعى على مجهول انه ولده او والده وانكر المجهول او بالعكس والولاء اى وفي دعوى الولاء
ايضا بان ادعى على مجهول النسب انه معتقه ومولاه وانكر المجهول او بالعكس [illegible] ذلك في ولاء الموالاة اذ الولاء
يشتمل ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحدود اى وفي دعوى الحدود ايضا بان ادعى على آخر ما يوجب حدا من الحدود
وانكر الآخر واللعان اى وفي دعوى اللعان ايضا بان ادعت على زوجها انه قذفها بما يوجب اللعان وانكر الزوج
واعلم ان هذه الاشياء كلها مذكورة في مختصر القدوري ههنا الا اللعان فانه غير مذكور فيه ولكنه مذكور

في الجامع الصغير في كتاب القضاء وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان فتفرد
انه لا يستحلف في الحدود واللعان على قولهم جميعا وانما اختلافهم في الاشياء السبعة الباقية وفي الكافي قال
القاضي فخر الدين في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا
يحلفه ويأخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله انتهى وفي النهاية هذا كله اذا لم يكن المقصود الاول وان
كان المقصود دعوى المال بان ادعت المراة على رجل انه تزوجها وطلقها قبل الدخول ولها عليه نصف المهر وانكر يستحلف في
قولهم فان نكل يقضى عليه بنصف المهر على ما عرف بعد هذا في الكتاب وسئل الشيخ الامام عبد الواحد الشيباني عن المراة
اذا كانت تعلم بالنكاح ولا تجد بينة تقيمها لاثبات النكاح والزوج ينكر ماذا يصنع القاضي حتى لا تبقى هذه المراة
معلقة ابد الدهر قال يستحلفه القاضي ان كانت هذه امراتك فهي طالق حتى يقع الطلاق ان كانت امراته فتتخلص منه
وتحل للازواج وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي في باب اليمين ان الفقيه ابا الليث رحمه الله اخذ بقولهما في هذه
المسئلة وهكذا في الواقعات ايضا وكيفية الاستحلاف عندهما ان يحلف على الحاصل ان كانت المراة هي المدعية
بالله ما هذه الامراة امراتك بهذا النكاح الذي ادعته وان كان الزوج هو المدعي يحلف بالله ما هذا زوجك على ما ادعى
والمتاخرون من مشايخنا على انه ينبغي للقاضي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه ويأخذ بقولهما وان
رآه مظلوما لا يحلفه اخذا بقول ابي حنيفة وهو كما اختاره شمس الائمة رحمه الله في التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم وبغير
رضاه ان القاضي ان علم بالمدعي التعنت في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل بغير رضا الخصم وان علم بالموكل القصد
الى الاضرار بالمدعي في التوكيل لا يقبل ذلك الا برضا الخصم حتى يكون دافعا للضرر من الجانبين كذا في الجامع الصغير لقاضي
خان والمحبوبي وفي الحدود لا يستحلف بالاجماع الا اذا تضمن حقا بان علق عتق عبده بالزنا وان قال ان زنيت
فانت حر فادعى العبد انه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا كذا ذكره الصدر
الشهيد في ادب القاضي الى هنا لفظ النهاية وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه
وانكر المولى لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها وانما خص صورة الاستيلاد
بالذكر من بين اخواته تنبيها على انه لا مساغ للدعوى في هذه الصورة الا من جانب واحد بخلاف اخواته الثلاثة
فان للدعوى فيها مساغا من الجانبين كما صورناه فيما مر لهما اي لابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان النكول اقرار لانه يدل
على كونه كاذبا في الانكار اي في انكاره السابق على ما قدمناه يعني قوله لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب
ودفعا للضرر عن [illegible] معظما له ودفع تهمة الكذب عن نفسه وابقاء
ماله على ملكه فلولا [illegible] لما في العناية وغيرها فكان اي النكول اقرارا
او بدلا عنه بفتح الدال اي خلفا عن الاقرار يعني انه قائم مقام الاقرار اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة
تحرير المصنف هنا حيث عين اولا كون النكول اقرارا ثم فرع على دليله كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد ولا يدفعها
ما ذكر في النهاية والكفاية من انه جاز ان يكون هذا الترديد لدفع بعض الشبهات التي ترد عليهما في القول بالاقرار

انتهى

انتهى اذ كان يمكن دفع ذلك بذكر الترديد اولا ايضا او بالاكتفاء بذكر كونه بدلا عنه في الموضعين معا بل كان هذا
اي الاكتفاء به هو الذي ينبغي كما ستقف عليه والاقرار يجري في هذه الاشياء هذا كبرى دليلهما على جواز الاستحلاف
في الاشياء المذكورة تقريره ان النكول اقرار والاقرار يجري في هذه الاشياء ينتج ان النكول يجري في هذه الاشياء
فاذا جرى النكول فيها جرى الاستحلاف فيها ايضا لحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضع
الاستحلاف لكنه اي لكن النكول اقرار فيه شبهة لانه في نفسه سكوت والحدود تندرئ بالشبهات فلا يجري النكول
فيها واللعان في معنى الحد لانه قائم مقام حد القذف في حق الزوج حتى ان كل قذف يوجب حد القذف على الاجنبي
اذا قذف الاجنبيات فذلك يوجب اللعان على الزوج وقائم مقام حد الزنا في حق المراة كما تقرر في باب اللعان فلا يجري
النكول فيه ايضا قال صاحب العناية وعليه نقوض اجمالية الاول ما ذكره في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى
النصف الباقي ثم وجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البائع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الثاني فانكر
لم يلزمه ويستحلف ولو كان النكول اقرارا لزمه النصف الاخر بنكوله في المرة الاولى كما لو اقر في تلك المرة الثاني الوكيل
بالبيع اذا ادعى عليه عيب في البيع واستحلف فنكل لزم الموكل ولو كان اقرارا لزم الوكيل الثالث ما ذكره في المبسوط
ان الرجل اذا قال كفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر ونكل عن اليمين فقضى عليه بالنكول
لا يقضى به على الكفيل ولو كان النكول اقرارا لقضى والجواب ان النكول اما اقرار او بدل منه فوجه الاقرار ما تقدم
ووجه كونه بدلا ان المدعي يستحق بدعواه جوابا يفصل الخصومة وذلك بالاقرار او الانكار فان اقر فقد
انقطعت وان انكر لم تنقطع الا بيمين فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة فالنقوض المذكورة
ان وردت على اعتبار كونه اقرارا لا ترد على تقدير كونه بدلا منه ومثل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى
الى هنا كلامه اقول ما ذكره في الجواب منظور فيه من وجوه الاول ان الظاهر من قوله فوجه الاقرار ما تقدم
ووجه كونه بدلا كيت وكيت ان ما تقدم انما يصلح لان يكون وجه الاقرار لا لان يكون وجه كونه بدلا منه مع انه
صالح لهما ولهذا فرع عليهما المصنف حيث قال فكان اقرارا او بدلا عنه الثاني ان الوجه الذي ذكره لكونه بدلا منه غير تام
اذ يرد عليه منع قوله فاذا نكل كان بدلا عن الاقرار يقطع الخصومة لجواز ان يكون بدلا كما ذهب اليه ابو حنيفة
رحمه الله لا بدلا عن الاقرار وقطعه الخصومة لا يدل على كونه بدلا عنه لتحقق القطع المزبور بكونه بذلا ايضا و
لجواز ان يكون نفس الاقرار لا بدلا عنه فرع ايضا لا يتم التقريب الثالث ان الاقرار اذا كان يخالف في الاحكام
لما هو بدل عنه كما في صور النقوض المذكورة [illegible] الاشياء المذكورة فيتم
دليلهما المذكور في الكتاب الرابع ان قوله ومثل [illegible] المذكور في دليلهما
المسفور كون النكول اقرارا فقط ولما كان المذكور فيه كونه اقرارا او بدلا عنه بالترديد كما ترى لم يحتج في دفع النقوض
المزبورة بما ذكر الى التغيير في شيء اصلا فلم يتم قوله المذكور ثم ان لبعض الفضلاء كلاما في تحرير صاحب العناية ههنا احدهما في
جانب السوال والآخر في جانب الجواب اما الاول ففي قوله وعليه نقوض اجمالية حيث قال بل الظاهر انه تلك الاسولة الثلثة

معارضات كما لا يخفى على من له ادنى تأمل ودربة انتهى واما الثاني ففي قوله ونقل هذا يسمى في علم النظر تغيير المدعى
حيث قال بل هو تغيير الدليل والمدعى جواز الاستحلاف انتهى قوله كل واحد منهما ساقط اما الاول فلان كون
تلك الاسولة معارضات مما لا يكاد يحسن لان حاصل كل واحد منها بيان تخلف الحكم وهو كون النكول اقرارا في صورة
جزئية عن الدليل المذكور من قبل الامامين وهو صريح نقض اجمالي ولا لطف الحمل على المعارضة في شيء منها لان المدعى
ههنا وهو كون النكول اقرارا كلي وما ذكر في كل واحد صورة جزئية لا تدل على خلاف المدعى بالكلية وانما غرض ذلك
البعض قول السائل في ذيل كل واحد من تلك الاسولة ولو كان النكول اقرارا لكان جواب المسئلة خلاف ما ذكر
والحال ان المراد به مجرد بيان تخلف الحكم عن الدليل لا اقامة الدليل على خلاف المدعى كما لا يخفى واما الثاني فلان
مراد صاحب العناية بالمدعى هنا قولهما ان النكول اقرار المستدل عليه في كلام المص بقوله لانه يدل على كونه
كاذبا في الانكار على ما قدمناه فانا صرح الجواب عن النقوض المذكورة الى كون النكول بدلا عن الانكار لا نفس
الاقرار فقد غير ذلك المدعى قطعا وكون قولهما ان النكول اقرار مقدمة الدليل بالنظر الى اصل المسئلة وهو
جواز الاستحلاف عندهما لا ينافي كونه مدعى بالنظر الى كونه مستدلا عليه بالدليل المستقل والعجب من ذلك القائل
انه جعل الاسولة المذكورة معارضات والمعارضة اقامة الدليل على خلاف مدعى الخصم وهذا لا يتصور الا
بان يكون المدعى ههنا قولهما ان النكول اقرار اذ لا مساس لتلك الاسولة باصل المسئلة كما لا يخفى ولابي حنيفة
رحمه الله انه اي النكول بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة والاعراض عنها لا الهبة والتمليك ولهذا
قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شايعا فانكر المدعى عليه يقضي فيه بالنكول وهبة نصف الدار شايعا لا تصح
كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفوايد الظهيرية لان معه اي مع البذل لا تبقى اليمين واجبة
لحصول المقصود به اي لحصول المقصود من اليمين وهو قطع الخصومة بالبذل فيكون له اي لامتناعه عن اليمين ترك
الاقدام على اليمين هذا هو العلة المجوزة لكون النكول بذلا واما العلة المرجحة لكونه بذلا على كونه اقرارا
فهي ما اشار اليه بقوله وانزاله باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار اي في انكاره السابق يعني
لو حملناه على الاقرار لكذبناه في انكاره السابق ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيبه فكان هذا اولى
صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب قيل عليه لو كان النكول بذلا لما ضمن شيئا آخر اذا استحق ما ادعى قبضا كما
لو صالح عن انكار واستحق بدل الصلح فانه لا يضمن شيئا ولكن المدعي يرجع الى الدعوى واجيب عنه بان بدل
الصلح وجب بالعقد فاذا استحق بطل العقد فعاد الحكم الى الاصل وهو الدعوى واما ههنا فالمدعي يقول انا
آخذه بازاء ما وجب لي في ذمته بالقضاء فاذا استحق رجعت بما في الذمة وقيل عليه ان الحكم واجب
على الحاكم بالنكول والبذل لا يجب به الحكم عليه فلم يكن النكول بذلا واجيب عنه بان الحكم لا يجب بالبذل الصريح واما
ما كان بذلا بحكم الشرع كالنكول فلا نسلم انه لا يجب به بل هو موجب له قطعا للمنازعة وقيل عليه نقضا
بالقصاص في الاطراف بالنكول ولو كان بذلا لما قضي به لان البذل لا يعمل فيها واجيب عنه بانا لا نسلم ان البذل

فيها

فيها غير عامل بل هو عامل اذا كان مفيدا نحو ان يقول اقطع يدي وبها آكلة حيث لم يأثم بقطعها وفيما نحن
فيه النكول مفيد لانه يحترز به عن اليمين ولم ولا يترا الاحتراز عن اليمين هذه خلاصة ما في الشروح ههنا من الاسولة
والاجوبة والبذل لا يجري في هذه الاشياء فانه لو قالت مثلا لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت لك نفسي لم
يصح بذلها وكذا لو قال انا حر الاصل ولكن هذا يودي الى الدعوى فابحث لا ان يدعي نسبي لم يصح بذله بخلاف الاموال
فانه لو قال هذا المال ليس له ولكني ابحثه وبذلته له لا تخلص من خصومته صح بذله وفائدة الاستحلاف
القضاء بالنكول ولما لم يجز البذل في هذه الاشياء لم يتصور فيها القضاء بالنكول الذي هو البذل فلا يستحلف فيها
لعدم الفائدة قال صاحب الكافي فان قيل هذا التعليل مخالف للحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر
قلنا خص منه الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس انتهى وقال صاحب العناية لا يقال ابو حنيفة
ترك الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر بالراي وهو لا يجوز لان ابا حنيفة رحمه الله لم ينف
وجوب اليمين فيها لكنه يقول لما لم تفد اليمين فائدتها وهو القضاء بالنكول لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت
كسقوط الوجوب عن معذور لا يتحقق منه اداء الصلوة لفوات المقصود انتهى وقال بعض الفضلاء واجاب
العلامة الكاكي بانه خص من الحديث الحدود وبالاجماع فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس ولم يذكره الشارح
يعني صاحب العناية لان المخصص يجب ان يكون مقارنا والاجماع ليس كذلك انتهى اقول مدار كلامه على ما
فهمه من ان يكون مراد العلامة الكاكي ان مخصص الحدود من الحديث هو اجماع الامة والظاهر ان مراده بالاجماع
اتفاق الائمة فالمعنى كون الحديث مما خص منه البعض وهو الحدود متفق عليه ولا ينافي هذا كون المخصص نصا
مقارنا على ان قاعدة الاصول انه اذا لم يعلم المقارنة وعدمها يحمل على المقارنة فيتم المطلوب ويؤيد كون مراده بالاجماع
اتفاق الائمة في كون الحديث مخصوصا ان الجواب الذي ذكره وقع في الكافي والكفاية من غير ذكر قيد الاجماع قال
الاداء هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة هذا جواب سؤال مقدر وهو ان
النكول لو كان بذلا لما ملكه المكاتب والعبد المأذون لان في البذل معنى التبرع وهما لا يملكان التبرع فاجاب بانهما يملكان
ما لا بد لهم منه في التجارة كما في الضيافة اليسيرة وبذلهما بالنكول من جملة ذلك كذا في عامة الشروح اقول لقائل ان يمنع كون بذلهما
من جملة ذلك اذ الخصومة تندفع بدون ذلك من غير ضرورة بان اقدما على اليمين ان كانا صادقين في انكارهما وبان اقرا
ان كان المدعي هو الصادق فليتأمل ويصح اي صحة البذل في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل
معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين هذا ايضا [illegible] لما جرى في الدين لان محله
الاعيان لا الديون اذ الدين وصف في الذمة والبذل [illegible] فاجاب بان معنى البذل ههنا
ترك المنع فكان المدعي ياخذه منه بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له وترك المنع جائز في الاموال لان امر المال هين
حيث يجري فيه الاباحة بخلاف تلك الاشياء فانه لا يجري فيها الاباحة كذا في الشروح وساير المعتبرات حتى ان صاحب الكافي
اتى بصريح السؤال والجواب حيث قال فان قيل لو كان بذلا لما جرى في الدين لان محل الاعيان لا الديون اذ البذل والاباحة

لا يجريان في الاوصاف والدين وصف في الذمة قلنا البذل ههنا ترك المنع كان المدعى يأخذ منه بناء على زعمه انه يأخذ حق
نفسه ولا مانع له واما المال العين بخلاف النكاح ونحوه انتهى واقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة بعد التأمل الصادق
ان الجواب المذكور لا يدفع السؤال المزبور وان تلقته الثقات بالقبول لان الدين لما كان وصفا ثابتا في الذمة غير منفصل
عنها لم يكن قابلا للاخذ كما لم يكن قابلا للبذل والاعطاء وان ترك المنع انما يتصور في الاموال المتحققة في الاعيان لا في الاوصاف
الثابتة في الذمم لان ترك المنع فرع جواز الاخذ فالم يكن قابلا للاخذ لم يتصور فيه ترك المنع فلم يكن الذي يأخذه المدعى
من المدعى عليه بناء على زعمه انه حق نفسه الدين بل كان العين وكذا لم يكن الذي ترك المدعى عليه منعه اخذ الدين بل كان اخذ
العين والسؤال بالدين لا بالعين فالجواب المذكور لا يدفعه والحق عندي في الجواب ان يقال معنى البذل في الدين اداء مثله
في ذمة المدعى اعطاء عين يماثل معيارا معيار الدين المدعى وحصول المقاصة به من الطرفين كما ان معنى قضاء الدين هذا
ولهذا قالوا الديون تقضى بامثالها على ما حقق في موضعه فاذا قال المدعى مثلا لي عليه عشرة دراهم كان معناه حصل لي
في ذمته وصف معياره عشرة دراهم فالذي يلزم المدعى عليه عند نكوله عن اليمين اعطاء عين يماثل معيار معياره ادعاه
المدعى من الدين وهو عشرة دراهم فالمبذول حقيقة هو العين الذي يعطى لا الدين نفسه وان كان المدعى بيّنا قال
اي محمد في الجامع الصغير ويستحلف السارق يريد به انه اذا اراد المسروق منه اخذ المال دون القطع يستحلف
السارق بالله ماله عليك هذا المال لان المال يثبت بالشبهات الا يرى انه يثبت بكتاب القاضي الى القاضي ولشهادة
على الشهادة فجاز ان يثبت بالنكول الذي هو بدل اقرار فيه شبهة والحدود لا تقام بحجة فيها شبهة فكذلك لا تقام
بالنكول فلهذا لا يجرى اليمين في الحدود وعن محمد رحمه الله انه قال القاضي يقول للمدعى ماذا تريد فان قال اريد
القطع فالقاضي يقول له ان الحدود لا يستحلف فيها فليست لك يمين وان قال اريد المال حلفه القاضي بعد
ان يدع دعوى السرقة وانبعث على دعوى المال كذا في النهاية نقلا عن الامام المرغيناني والمحبوبي قال المصنف
فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله اي بفعل السارق وهو السرقة شيئان الضمان اي احدهما ضمان
المال ويعمل فيه النكول والقطع اي وثانيهما قطع اليد ولا يثبت به اي لا يثبت القطع بالنكول وقال صاحب
الغاية يريد المص بفعله في قوله لان المنوط بفعله شيئان النكول ثم قال ويجوز ان يراد به فعل
السرقة اقول الثاني هو الصحيح والاول فاسد لان المص صرح بان القطع لا يثبت بالنكول فلا يناط
القطع بالنكول قطعا فكيف يصح ان يحمل الفعل في قوله لان المنوط بفعله شيئان على النكول والحال ان احد الشيئين
هو القطع ثم اقول بقي في كلام المص شيء وهو ان التعليل الذي ذكره بقوله لان المنوط بفعله شيئان الخ
لا يفيد شيئا يعتد به اذ ليس فيه بيان لمية المدعى ههنا بل هو مجرد تفصيل لما قبله فان قوله الضمان ويعمل فيه
النكول تفصيل لقوله فان نكل ضمن من غير اشارة الى علة كون النكول عاملا فيه وقوله والقطع ولا يثبت به
تفصيل لقوله ولم يقطع من غير اشارة الى علة عدم ثبوت القطع به فبقي المدعى غير معلوم اللمية والاوجه
في التعليل ما ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز حيث قال لان موجب فعله شيئان الضمان وهو يجب مع الشبهة

فيجب

فيجب بالنكول والقطع وهو لا يجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول انتهى وكذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه في السرقة
يدعي المال والحد وايجاب الحد لا يجامعه الشبهة وايجاب المال يجامعه الشبهة فيثبت به انتهى تبصر تقف فصار اي صار
حكم هذه المسئلة كما اذا شهد عليها اي على السرقة رجل وامرأتان فانه يثبت هناك المال دون القطع فكذا ههنا وصار كما
اذا اقر بالسرقة ثم رجع فانه يسقط بالرجوع الحد وهو القطع ويثبت المال بالاقرار ولا يسقط بالرجوع قال اي محمد
في الجامع الصغير واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف
يجرى في دعوى الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وفائدة تعيين صورة المسئلة في الطلاق قبل الدخول
هي تعليم ان دعوى المهر لا تتفاوت بين ان يكون الدعوى في كل المهر او نصفه كذا في النهاية ومعراج الدراية قال صاحب
العناية وفيه نظر لان الطلاق يغني عن ذلك وليس فيه توهم التقييد بذلك انتهى واجاب عنه بعضهم بانه لو اطلق لربما
ذهب الوهم الى الطلاق بعد الدخول لغلبته فقيد به ليعلم حكمه بطريق الاولوية فانه اذا استحلف قبل تأكد المهر فبعده
اولى كما لا يخفى قال المص وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق اي وكذا يستحلف الزوج بالاجماع فيما اذا ادعت
المرأة مع النكاح الصداق لان ذلك دعوى المال اي المقصود من ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت
النكاح يعني يثبت المال بنكوله في قولهم جميعا لان المال يجرى فيه الاقرار والبذل ولا يثبت النكاح في قول ابي حنيفة رحمه
لان النكاح لا يجرى فيه البذل قال بعض الفضلاء فان قيل يلزم على هذا ان يتحقق الملزوم بدون اللازم قلنا يجوز
ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر لا مطلقا على ان المهر ليس يستلزم النكاح القائم لبقائه حال الفرقة والطلاق انتهى
اقول كل واحد من اصل جوابه وعلاوته مختل اما الاول فلانه لو جاز ان يحكم بثبوت النكاح في حق المهر بالنكول
لجاز البذل في النكاح في الجملة اي في بعض الحالات ولم يقل به صاحب مذهب قط واما الثاني فلان المهر وان لم يستلزم
قيام النكاح في البقاء ولكن يستلزم تحقق النكاح في الابتداء كما لا يخفى ومعنى المسئلة التي نحن فيها ان النكاح لا يثبت
بالنكول لا في الابتداء ولا في البقاء لعدم جريان البذل فيه على كل حال فلم يندفع السؤال ثم اقول في الجواب
عن السؤال ان ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه واما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح
عنده لان معنى ثبوته عنده ظهوره له اذ قد تقرر ان الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع ولا يستلزم
ظهور الملزوم ظهور اللازم بجواز ان يقوم الحجة على الاول دون الثاني كما فيما نحن فيه فالذي يلزم من المسئلة المذكورة
ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده ولا محذور فيه لعدم الاستلزام كما عرفت وقس على هذا احوال
نظائره من المسائل الآتية المتصلة به في الكتاب [illegible] وكذا في النسب اي وكذا
يستحلف في النسب بالاجماع اذا ادعى حقا اي اذا [illegible] بان ادعى رجل على رجل انه اخوه لابيه
عليه مات ابوهما وترك مالا في يد المدعى عليه فانه يستحلف بالاجماع فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب
والحجر في اللقيط بان ادعت امرأة حرة الاصل صبيا لا يعبر عن نفسه كان في يد رجل التقطه انه اخوها وانها اولى
بحضانته فانه يستحلف بالاجماع فان نكل ثبت لها حق نقل الصبي اي حجرها دون النسب والنفقة بان ادعى زمن

على يوسر انه اخوه وان نفقته عليه فانكر المدعى عليه الاخوة يستحلف بالاجماع فان نكل يقضى بالنفقة دون النسب
وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انت اخى يريد بذلك ابطال حق الرجوع فانه يستحلف
بالاجماع فان نكل ثبت امتناع الرجوع دون النسب لان المقصود هذه الحقوق دليل للمجموع يعنى ان المقصود بالدعوى
في المسائل المذكورة هذه الحقوق اى دون النسب المجرد ثم ان صاحب العناية بعدما فسر قول المص لان المقصود هذه
الحقوق بقوله اى دون النسب المجرد قال في تعليله فان فيه تحميله على الغير وهو لا يجوز انتهى اقول فيه نظر لان
تحميل النسب على الغير لا يلزم في المسائل المذكورة مطلقا بل انما يلزم فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة
ونحوها واما فيما اذا كان مما يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة فلا والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا الا يرى انه
المدعى في صورة النفقة اذا قال للمدعى عليه انت ابى كان المسئلة بحالها وكذا الحال في صورة امتناع الرجوع في الهبة
وكذا المدعية في صورة الحجر في اللقيط اذا قالت انا الصبى ابنها فان المسئلة بحالها ايضا فكان التعليل الذى ذكره
قاصرا عن افادة كلية المدعى وقال بعض الفضلاء الاظهر ان يقول صاحب العناية بدل التعليل الذى ذكره
فان البذل لا يجرى فيه كما قال آنفا في صورة دعوى النكاح انتهى اقول وفيه ايضا نظر فان المعلل هنا ان لا
يكون المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة النسب المجرد وعدم جريان البذل في النسب المجرد لا يفيد لان الحجج على
الدعوى غير منحصرة في النكول بل منها ايضا اقامة البينة واقرار الخصم والبذل انما هو النكول عندهما فلا يلزم من عدم
جريانه في النسب المجرد عدم جريان سائر الحجج فيه حتى لا يصح ان يكون مقصودا بالدعوى في المسائل المذكورة بخلاف
ما قال في صورة دعوى النكاح فان المعلل هناك عدم ثبوت النكاح بالنكول وعدم جريان البذل في النكاح
قطعا لا يقال التعليل الصحيح هنا ان يقال فانه لو كان المقصود بالدعوى في المسائل المذكورة هو النسب المجرد لما ادعى
المدعى فيها مع النسب حقا آخر والمفروض في كل واحدة من تلك المسائل ادعاء المدعى معه حقا آخر كما ينادى عليه قول
المص وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث الخ لانا نقول هذا انما يتم فيما اذا كان النسب مما يثبت بالاقرار
كالبنوة ونحوها فان دعوى النسب المجرد تسمع في تلك الصورة فلو كان مقصود المدعى فيها دعوى النسب المجرد
لما ادعى معه حقا آخر واما فيما اذا كان النسب مما لا يثبت بالاقرار كالاخوة ونحوها فلا لان دعوى النسب المجرد
لا تسمع في هذه الصورة بل يتوقف فيها استماع الدعوى وقبول البينة على ان يدعى المدعى مع النسب حقا آخر لنفسه
كما صرح به في عامة معتبرات الفتاوى فيجوز ان يكون مقصود المدعى في هذه الصورة النسب المجرد ويدعى
مع النسب حقا آخر لمجرد التوسل الى مقصوده وهو النسب المجرد والمسائل المذكورة تعم الصورتين معا كما
بيناه من قبل فكان هذا التعليل ايضا قاصرا عن افادة كلية المدعى وبالجملة لم يظهر لقول المص لان المقصود
هذه الحقوق علة واضحة شاملة لجميع صور تلك المسائل العامة فكان هذا هو السر في ان صاحب الكافى
لم يذكر قول المص هذا اصلا مع ان عادته الاقتفاء اثر المص في امثاله وان اكثر الشراح لم يتعرضوا لشرحه
وبيانه بالكلية وانما يستحلف في النسب المجرد قيد به احترازا عما هو مقرون بدعوى حق آخر كما مر آنفا

عندهما

عندهما اى عند ابى يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان يثبت باقرار اى اذا كان يثبت النسب بمجرد اقرار المدعى عليه فان
النكول عندهما اقرار فكل نسب لو اقر به المدعى عليه ثبت يثبت بالنكول ايضا كالاب والابن في حق الرجل فانه اذا اقر
بالاب والابن يصح اقراره ويثبت نسب المقر له منه بمجرد اقراره والاب في حق المراة فانها اذا اقرت بالاب يصح اقرارها
ويثبت نسب المقر له منها بمجرد اقرارها واما لو اقرت بالابن فلا يصح اقرارها ولا يثبت نسبه منها لان في دعواها الولد
اى في ادعائها الابن اى في اقرارها به كذا في النهاية وغاية البيان تامل تحميل النسب على الغير وهو لا يجوز والمولى اى وكالمولى
يعنى السيد والزوج في حقهما اى في حق الرجل والمراة وهذا القيد اعنى قوله في حقهما متعلق بالمولى والزوج جميعا فان اقرار
الرجل والمراة بالمولى والزوج يصح وحاصل كلام المص هنا ان اقرار الرجل يصح باربعة بالاب والابن والمولى والزوجة واقرار
المراة يصح بثلثة بالاب والمولى والزوج ولا يصح بالولد لان فيه تحميل النسب على الغير وكان اصل المسئلة في محلها ان
اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى واقرار المراة يصح باربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح
بالولد لما مر فكان المص اكتفى بذكر الاب عن ذكر الام لظهور اشتراكهما في الحكم المذكور قال شيخ الاسلام خواهرزاده
في مبسوط الاصل في هذا الباب ان المدعى قبله النسب اذا انكر هل يستحلف كان بحيث لو اقر به لا يصح اقراره عليه
فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا تفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا او اقرارا فيقضى
عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو اقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو اقر لزمه ما اقر
به فاذا انكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند ابى حنيفة رحمه الله لا يستحلف وعند ابى
يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل
تخرج مسائل الباب انتهى قال اى القدورى في مختصره ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد وليس
للمدعى بينة استحلف المدعى عليه بالاجماع سواء كانت الدعوى في النفس او فيما دونها وهذه المسئلة
مذكورة في الجامع الصغير ايضا في كتاب القضاء ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص
وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا اى الحكم المذكور عند ابى حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لزمه الارش فيهما اى في النفس وفيما دونها لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما
لانه ان امتنع عن اليمين تورعا عن اليمين الصادقة لا يكون اقرارا بل يكون بدلا كذا في الكافى
فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اى خاصة اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة
من عليه اى من جهة من عليه القصاص و[illegible] من عليه القصاص لانه
لو كان امتناعه من جهة من له القصاص لا يجب [illegible] اذا اقام مدعى القصاص رجلا
وامراتين والشهادة على الشهادة حيث لا يقضى بشئ لان الحجة قامت بالقصاص ولكن تعذر استيفاؤه
فلا يجب شئ كذا في الشروح ونظير هذا ما اشار اليه المص بقوله كما اذا اقر بالخطاء والولى يدعى العمد
فانه يجب فيه المال وبالعكس لا يجب شئ ولابى حنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها

خلقت وقاية للنفس كالاموال فيجرى فيها البذل كما يجرى فى الاموال بخلاف الانفس حيث لا يجرى فيها البذل
فانه لو قال اقطع يدى اى لو قال لآخر اقطع يدى فقطعها لا يجب الضمان اى على القاطع وهذا اى عدم وجوب
الضمان اعمال البذل فى الاطراف ولما لو قال اقتلنى فقتله فانه يجب عليه القصاص فى رواية والدية فى
اخرى وهذا دليل على عدم جريان البذل فى الانفس ولما استشعر ان يقال لو كانت الاطراف يجرى مسلك
الاموال لكان ينبغى ان يباح قطع يده اذا قال اقطع يدى كما يباح اخذ ماله اذا قال خذ مالى اجاب عنه بقوله
الا انه لا يباح لعدم الفائدة اى لا يباح القطع لعدم الفائدة فيه كما ان اتلاف المال لا يباح عند عدم
الفائدة بان قال الق مالى فى البحر او احرقه بالنار وهذا البذل اى الذى بالنكول مفيد لاندفاع الخصومة به
فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع قال صاحب العناية وفيه بحث من وجهين احدهما انه مناقض
لما قال فى السرقة ان القطع لا يثبت بالنكول والثانى ان الخصومة تندفع بالارش فهو اهون فالمصير اليه
اولى واجيب عن الاول بان الاطراف فيما نحن فيه سلك الاموال فى حقوق العباد لانهم المحتاجون اليها فيثبت
بالشبهات كالاموال والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات وعن الثانى بان دفع الخصومة
بالارش انما يصار اليه بعد تعذر ما هو الاصل وهو القصاص ولم يتعذر فلا يعدل عنه انتهى واعترض بعض الفضلاء
على قوله فى جواب البحث الاول والقطع فى السرقة خالص حق الله تعالى وهو لا يثبت بالشبهات بعد ان بين المراد
حيث قال يعنى ان فى كون النكول بذلا شبهة لكن فيه بحث فانه لو صرح بالبذل فى حقوق الله تعالى لا يثبت القطع
ايضا فالاولى طرح الشبهة من البين والاكتفاء بعدم تاتى البذل فيه انتهى اقول هذا بحثه على ان يكون
المراد ما بينه وذلك ممنوع اذ يجوز ان يكون المراد ان فى كون الاطراف فيما يسلك به مسلك الاموال شبهة لاحتمال
كونها بحكم الانفس كما هو مذهب الشافعى وبنى عليه تجويز القصاص بين الرجل والمراة وبين الحر والعبد
وبين العبدين فيما دون النفس على ما ياتى فى كتاب الجنايات فمع هذه الشبهة لا يتاتى البذل فى قطع الاطراف
فى حقوق الله تعالى بخلاف حقوق العبد فيتم الجواب ثم ان فى ذكر هذه الشبهة ايماء الى سبب عدم تاتى البذل
فيه فى حقوق الله تعالى فكان ذكرها اولى من طرحها والاكتفاء بعدم تاتى البذل فيه كما لا يخفى واذا امتنع القصاص
فى النفس اى بالنكول لعدم جريان البذل فيها كما مر واليمين حق مستحق اى والحال ان اليمين حق مستحق يحبس به
اى يحبس الناكل بذلك الحق كما فى القسامة فانهم اذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا او يحلفوا قال اى القدورى
فى مختصره واذا قال المدعى لى بينة حاضرة قيل لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا يغيب نفسه
اى كيلا يغيب خصمه نفسه فيضيع حقه اى حق المدعى ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى يحصل
فائدة التكفيل وهى الاستيثاق كذا فى الكافى وغيره والكفالة بالنفس جائزة عندنا خلافا للشافعى وقد مر
من قبل اى وقد مر جواز الكفالة بالنفس من قبل اى فى اول كتاب الكفالة واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا
اعلم ان اخذ الكفيل مما اختلف فيه السلف روى عن قتادة والشعبى انه لا يجوز وروى عن ابراهيم النخعى

انه يجوز وهذا هو الاستحسان اخذ به علماؤنا والقياس ان لا يجوز وهو القياس ان مجرد الدعوى ليس
بسبب الاستحقاق كيف وقد عارضه المدعى عليه بالانكار فلا يجب عليه اعطاء الكفيل ووجه الاستحسان ما ذكره بقوله
لان فيه اى فى اخذ الكفيل نظرا للمدعى اذ لا يغيب حينئذ خصمه فيتمكن من اقامة البينة وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه
وهذا لان الحضور مستحق عليه اى على المدعى عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه من الاعداء على لفظ المجهول يقال استعدى
فلان الامير على من ظلمه اى استعان به فاعداه الامير عليه اى اعانه عليه ونصره ومنه قول الشاعر ونستعدى
الامير اذا ظلمنا ومن يعدى اذا ظلم الامير كذا فى النهاية وغيرها ويحال بينه وبين اشغاله من الحيلولة على لفظ
المجهول ايضا فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى والتقدير بثلثة ايام مروى عن ابى حنيفة رحمه الله وهو
الصحيح احتراز عما روى عن ابى يوسف انه قال يوخذ الكفيل الى المجلس الثانى ولا فرق فى الظاهر اى فى ظاهر
الرواية بين الخامل والوجيه يقال اخمل الرجل مجهولا اذا كان ساقط القدر والحقير من المال والخطير اى وبين
الحقير من المال والخطير اى الشريف وعن محمد رحمه الله انه اذا كان معروفا والظاهر من حاله انه لا يخفى نفسه بذلك
القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل
ثم لا بد من قوله لى بينة حاضرة للتكفيل ومعناه فى المصر اى معنى قوله حاضرة حاضرة فى المصر حتى لو قال المدعى
لا بينة لى او شهودى غيب بفتحتين مخففة الياء او بضم الغين مشددة الياء لا يكفل اى لا يكفل خصمه
لعدم الفائدة لان الفائدة هى الحضور عند حضور الشهود وذلك فى الحال محال والغائب كالهالك ههنا اذ ليس كل غائب
يؤوب قال اى القدورى فى مختصره فان فعل اى فان اعطى خصمه الكفيل فيها والا اى وان لم يعط امر بملازمته
اى امر المدعى بملازمة خصمه كيلا يذهب حقه اى حق المدعى الا ان يكون غريبا على الطريق اى الا ان يكون
المدعى عليه غريبا على الطريق اى مسافرا فيلازمه اى فيلازم المدعى المدعى عليه مقدار مجلس القاضى وكذا لا يكفل
الا الى آخر المجلس اى وكذا لا يكفل المدعى عليه اذا كان مسافرا الا الى آخر مجلس القاضى فالاستثناء منصرف
اليهما اى الاستثناء المذكور فى مختصر القدورى بقوله الا ان يكون غريبا منصرف الى التكفيل والملازمة جميعا
لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اى على مقدار مجلس القاضى اضرارا به اى بالمدعى عليه بمنعه عن السفر
ولا ضرر فى هذا المقدار اى فى مقدار مجلس القاضى ظاهرا اى من حيث الظاهر لان بهذا القدر لا ينقطع عن الرفقة
فاذا جاء اوان قيام القاضى عن مجلسه ولم يحضر المدعى بينة فان القاضى يحلف المدعى عليه ويخلى سبيله ليذهب
حيث شاء فان اختلف الطالب والمطلوب فقال المطلوب انا مسافر وقال الطالب انه لا يريد السفر يحكم على
فيه بما قال الكاكى بعضهم القول قول المدعى لانه متمسك بالاصل فان الاصل هو الاقامة والسفر عارض فيكون القول
قول من تمسك بالاصل وقال بعضهم القاضى يسال عمن يريد السفر فان اخبر مع فلان فالقاضى يبعث الى الرفقة
امينا من امنائه يسال ان فلانا هل استعد للخروج معكم فان من اراد السفر لا بد من ان يكون مستعدا لذلك
قال الله تعالى ولو ارادوا الخروج لاعدوا له عدة فان قالوا نعم قد استعد لذلك انا نعلم قولهم الحق فيقبل

ذلك منه فيمهله الى آخر المجلس فان احضر المدعى بينته فى هذه المدة والا خلى سبيل المطلوب وان لم يعلموا حاله فنحن نعلم انه يبقى ثمة ايام لاجل الاستعداد فقلنا بانه يجبر على اعطاء الكفيل ثلثة ايام كذا فى غاية البيان قال المص وكيفية الملازمة نذكرها فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى والذى ذكر المص هناك هو انه يدور معه اينما دار ولا يجلسه فى موضع لانه حبس ولو دخل داره لا يتبعه بل يجلس على بابه الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة انتهى وقال فى الفتاوى الصغرى وتفسير الملازمة ان يدور معه حيث دار او يبعث امينا حتى يدور معه اينما دار لكن لا يجلسه فى موضع لان ذلك حبس وهو غير مستحق عليه بنفس الدعوى ولا يشغله عن التصرف بل هو يتصرف والمدعى يدور معه واذا انتهى المطلوب الى داره فان الطالب لا يمنعه من الدخول على اهله بل يدخل المطلوب على اهله والطالب الملازم يجلس على باب داره ثم قال رايت فى الزيادات فى الباب الخامس والاربعين ان المطلوب اذا اراد ان يدخل بيته فالمدعى يأذن المدعى بالدخول معه او يجلس معه على باب الدار لانه لو تركه حتى يدخل الدار وحده فربما يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة انتهى

فصل فى كيفية اليمين والاستحلاف لما ذكر نفس اليمين اى فى اى موضع يحلف ذكر فى هذا الفصل صفتها لان كيفية الشىء وهى ما يقع به المشابهة واللامشابهة صفته والصفة تقتضى سبق الموصوف قال اى القدورى فى مختصره واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر اقول ههنا كلام وهو انه قال فى كتاب الايمان اليمين بالله او باسم آخر من اسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه وهذا صريح فى ان اليمين كما تكون بالله تعالى تكون ايضا بصفاته التى يحلف بها فى المتعارف والحصر المستفاد من قوله هنا واليمين بالله تعالى دون غيره يقتضى اختصاص اليمين بالله تعالى وايضا قال هناك وان قال ان فعلت هذا فهو يهودى او نصرانى او كافر يكون يمينا والحصر المستفاد ههنا ينافيه ايضا ويمكن ان يجاب عن الاول بانه قد اشتهر من مذهب اهل السنة ان صفات الله تعالى ليست عين الذات ولا غيرها فعلى هذا لا ينافى قوله دون غيره صحة اليمين بصفاته المذكورة ولا ينافيها ايضا اختصاص اليمين بالله تعالى بمعنى لا بغيره كما يفيده قوله دون غيره وعن الثانى بان اليمين فى الصورة المذكورة وان لم تكن بالله تعالى فى ظاهر الحال الا انها كانت به فى المآل فتامل وفى المبسوط ان الحر والمملوك والرجل والمرأة والفاسق والصالح والكافر والمسلم فى اليمين سواء لان المقصود هو القضاء بالنكول وهؤلاء فى اعتقاد الحر[illegible]ية سواء كذا فى النهاية ومعراج الدراية وتؤكد اى اليمين بذكر اوصافه اى بذكر اوصاف الله تعالى هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شىء منه وله اى وللقاضى ان يزيد فى التغليظ على هذا اى على المذكور وله ان ينقص منه اى من المذكور لان المقصود من الاستحلاف النكول لا حال

الناس فيه مختلفة منهم من يمتنع اذا غلظ عليه اليمين ويتجاسر اذا حلف بالله فقط ثم منهم من يمتنع بادنى تغليظ ومنهم من لا يمتنع الا بزيادة التغليظ فللقاضى ان يراعى احوال الناس والاصل فيه حديث ابى هريرة فى الذى حلف بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله الذى لا اله الا هو الرحمن الرحيم الذى انزل عليك الكتاب ولم ينكر عليه رسول الله عليه وسلم الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين والمراد بالاحتياط ان يذكر بغير واو اذ لو ذكر والله والرحمن والرحيم بالواوات صارت ثلثة ايمان وتكرار اليمين غير مشروع كذا فى النهاية نقلا عن المبسوط لان المستحق عليه يمين واحدة فلا يزاد عليها وان شاء القاضى لم يغلظ فيقول قل بالله او والله لما مر ان المقصود من اليمين النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع بدون التغليظ فلا يحتاج اليه فالرأى فيه الى القاضى وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح اذ الظاهر منه ان يمتنع بدون التغليظ ويغلظ على غيره لكونه لم على خلاف الاول وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير لمثل ما قلنا فى التعليل الاول قال اى القدورى فى مختصره ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وهو قوله عليه الصلوة من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقيل فى زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضى ان يحلف بذلك اى بالطلاق او بالعتاق لقلة المبالاة باليمين بالله اقول يرد عليه ان هذا تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من كان حالفا فليحلف بالله او ليذر فلا يصح على ما عرف فى موضعه وفى فتاوى قاضى خان وان اراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق فى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى الى ذلك لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية انتهى وفى الذخيرة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشايخنا واجازه البعض فيفتى بانه يجوز ان مست الضرورة واذا بالغ المستفتى فى الفتوى يفتى بان الراى الى القاضى انتهى وفى فصول الاستروشنى ولو حلف القاضى بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول لانه نكل عما هو منهى عنه شرعا انتهى وفى الخلاصة التحليف بالطلاق والعتاق والايمان المغلظة لم يجوزه اكثر مشايخنا فان مست الضرورة يفتى ان الراى الى القاضى فلو حلف القاضى بالطلاق فنكل وقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه انتهى اقول قد تلخص من هذه المذكورات كلها ان للقاضى ان يحلف بالطلاق والعتاق عند الحاح الخصم وانه يفتى بجواز ذلك ان مست الضرورة ولكن ليس له ان يقضى بالنكول عنه ولو قضى به لا ينفذ قضاؤه وعن هذا قال صاحب العناية ولكنهم قالوا ان نكل عن اليمين به لا يقضى عليه بالنكول لانه عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه انتهى لكن فيه اشكال لان فائدة التحليف القضاء بالنكول فاذا لم يجز القضاء بالنكول عما ذكر فكيف يجوز التحليف به الا يرى الى ما مر فى بيان دليل ابى حنيفة رحمه الله على عدم جواز الاستحلاف فى الاشياء العديدة عنده من ان النكول بذل والبذل لا يجرى فى هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول علة لعدم جواز الاستحلاف فى الاشياء المذكورة عنده فتامل قال اى القدورى فى مختصره ويستحلف اليهودى بالله الذى انزل التورية على موسى عليه السلام والنصرانى بالله الذى

انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله اى لقول نبينا عليه الصلوة والسلام لابن صوريا الاعور وهو
المعروف بابن صوريا بالقصر اسم اعجمى انشدك بالله الذى انزل التورية على موسى عليه السلام ان حكم الزنا فى كتابكم
هذا اى التجميم هذا الحديث اخرجه مسلم فى الحدود وكذا مسندا الى البراء بن عازب رضى الله عنه قال مر النبى
بيهودى محمم مجلود فدعاهم فقال هكذا تجدون حد الزنا فى كتابكم قالوا نعم فدعا رجلا فقال انشدك الله الذى
انزل التورية على موسى عليه السلام هكذا تجدون الزنا فى كتابكم فقال اللهم لا فلولا انك نشدتنى بهذا
لم اخبرك نجد الزنا فى كتابنا الرجم ولكنه كثر فى اشرافنا فكنا اذا اخذنا الرجل الشريف تركناه واذا اخذنا
الضعيف اقمنا عليه الحد فقلنا تعالوا فنجتمع على شئ نقيمه على الشريف والوضيع فاجتمعنا على التحميم
والجلد وتركنا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم انى اول من احيى امرك اذا اماتوه فامر به
فرجم وقال الشارح وهذا الرجل هو عبد الله بن صوريا وقد صرح باسمه فى سنن ابى داود عن سعيد عن قتادة
عن عكرمة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال له يعنى لابن صوريا الحديث وهذا امر سهل ولان اليهودى
يعتقد نبوة موسى عليه السلام والنصرانى نبوة عيسى عليه السلام اى يعتقد نبوة عيسى عليه السلام
فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ليكون رادعا له عن الاقدام على اليمين الكاذبة ويحلف
المجوسى بالله الذى خلق النار وهكذا ذكر محمد رحمه الله فى الاصل وذلك لان المجوسى يعتقد الحرمة
فى النار فيمتنع عن اليمين الكاذبة فيحصل المقصود ويروى عن ابى حنيفة رحمه الله انه لا يحلف
احدا الا بالله خالصا تفاديا عن تشريك الغير معه فى التعظيم وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودى
والنصرانى الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان فى ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغى ان تعظم
لان النار كغيرها من المخلوقات فكما لا يستحلف المسلم بالله الذى خلق الشمس فكذلك لا يستحلف المجوسى
بالله الذى خلق النار وفى المبسوط وكانه وقع عند محمد رحمه الله انهم يعظمون النار تعظيم العبادة
فلمقصود النكول قال بذكر ذلك فى اليمين انتهى بخلاف الكتابين اى التورية والانجيل لان كتاب الله تعالى
معظمة فجاز ان تذكر مع اسم الله تعالى والوثنى لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله
الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله لا يقال لو كانوا يعتقدون الله تعالى
لم يعبدوا الاوثان لانا نقول انما يعبدونها تقربا الى الله تعالى على زعمهم الا يرى الى قوله تعالى
حكاية عنهم ما نعبدهم [illegible] فثبت انهم يعتقدون الله تعالى فيمتنعون عن الاقدام
على اليمين الكاذبة بالله تعالى فيحصل الفائدة المطلوبة من اليمين وهى النكول قال اى القدورى
فى مختصره ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو
حاصل بدون ذلك اى بدون تعيين الزمان والمكان وفى ايجاب ذلك حرج على القاضى حيث يكلف
حضورها اى حضور الازمان المعينة والاماكن المخصوصة وهو مدفوع اى الحرج مدفوع بالنص

وقال

وقال الشافعى اذا كانت اليمين فى قسامة او فى لعان او فى مال عظيم فانها تختص بمكان ان كان
بمكة فبين الركن والمقام وان كان بالمدينة فعند قبر النبى عليه الصلوة والسلام وفى بيت المقدس
عند الصخرة وفى ساير البلاد فى الجوامع وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر كذا فى النهاية نقلا
عن المبسوط وشرح الاقطع قال اى القدورى فى مختصره ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف
فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع فيه قائم ولا يستحلف بالله ما بعت يعنى يستحلف على الحاصل دون السبب
واعلم ان هذا نوع آخر من كيفية اليمين وهو اليمين على الحاصل او السبب والضابط فى ذلك ان السبب
اما ان كان مما يرتفع برافع او لا فان كان الثانى فالتحليف على السبب بالاجماع وان كان الاول فان تضرر
المدعى بالتحليف على الحاصل فكذلك وان لم يتضرر يحلف على الحاصل عند ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعلى
السبب عند ابى يوسف رحمه الله الا اذا عرض المدعى عليه برفع السبب وسيظهر الكل من الكتاب
قال المصنف تعليل المسئلة المذكورة لانه قد يباع العين ثم يقال فيه من الاقالة اى ثم يطرى عليه الاقالة فلا
يبقى البيع على حاله فلو استحلف المدعى عليه على السبب الذى هو البيع ههنا لتضرر به فاستحلف على الحاصل دفعا
للضرر عنه ويستحلف فى الغصب بالله ما يستحق عليك رده اى رد المدعى ولا يحلف بالله ما غصبت
هذا ايضا من قول القدورى فى مختصره قال المص فى تعليله لانه قد يغصب اى قد يغصب الشئ ثم يفسخ
اى يفسخ الغصب بالهبة والبيع فلو حلف المدعى عليه على السبب الذى هو الغصب ههنا لتضرر به
فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفى النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم فى الحال وهذا ايضا من قول
القدورى قال صاحب النهاية واكثر الشراح هذا على قولهما لما ان الاستحلاف فى النكاح قولهما اقول
الاولى ان يقال هذا على قول محمد لان الاستحلاف فى النكاح مطلقا وان كان يجرى على قولهما معا الا
ان الاستحلاف فيه على الوجه المذكور وهو الاستحلاف على الحاصل انما يجرى على قول محمد فقط اذ
الاستحلاف فيه على قول ابى يوسف انما هو على السبب كما ينادى عليه قول المص فيما سيأتى اما على قول ابى يوسف
يحلف فى جميع ذلك على السبب نعم سيقول المص هناك ايضا الا اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل
لكن الكلام ههنا فى الاستحلاف على الحاصل مطلقا اى سواء عرض او لم يعرض يدل عليه قطعا بيان
الخلاف فيه بقوله وهذا قول ابى حنيفة ومحمد اما على قول ابى يوسف اذ لا خلاف فى صورة التعريض
قال المص فى التعليل لانه قد يطرى عليه الخلع اى يطرى على النكاح الخلع فلو حلف على السبب
الذى هو اصل النكاح ههنا لتضرر به فحلف على الحاصل لدفع الضرر عنه وفى دعوى الطلاق بالله
ما هى باين منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها وهذا ايضا من قول القدورى فكانه
زاد ذكر الدعوى فى هذه المسئلة التى هى اخر المسائل المذكورة ههنا ايماء الى انها معتبرة فى المسائل
السابقة ايضا الا انها تركت فيها اعتمادا على انفهامها بمعونة المقام قال المص تعليل هذه المسئلة

لان النكاح قد يجدد بعد الابانة . وفرع على جملة ما ذكر في تلك المسائل قوله فيحلف على الحاصل في هذه
الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه على ما مر تقريره وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اي التحليف
على الحاصل في الوجوه المذكورة قولهما قال بعض العلماء ههنا كلام وهو انه لا يحلف في النكاح عند ابي حنيفة
فلا يكون التحليف فيه على الحاصل عنده كما لا يخفى انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الظاهر ايضا ان يحمل كلام المص
هنا على التغليب اي تغليب حكم سائر الوجوه على حكم وجه النكاح اعتمادا على ظهور عدم جريان الاستحلاف
في النكاح عنده ثم ان بعض الفضلاء قصد توجيه الكلام ودفع الاعتراض عن المقام حيث قال
اي التحليف على الحاصل قول ابي حنيفة ومحمد وليس معناه ان التحليف على الحاصل في جميع الامور المذكورة
قول ابي حنيفة حتى يعترض عليه بانه مخالف لما سبق من انه لا يحلف عنده في النكاح انتهى اقول
لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قول المص اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب يأبى
ما قاله هذا القائل اذ قد صرح المص ههنا بلفظ الجميع تعيينا لكون الخلاف بين ابي يوسف وصاحبيه
في جميع الوجوه المذكورة لا في كيفية التحليف في الجملة فتدبر اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع
ذلك اي في جميع ما ذكر من الوجوه على السبب الا اذا عرض بما ذكرنا اي الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرناه
من ارتفاع السبب وصفة التعريض ان يقول المدعى عليه للقاضي اذا عرض القاضي اليمين عليه بالله ما بعت
ايها القاضي ان الانسان قد يبيع شيئا ثم يقيل فيه وعلى هذا في اخوات البيع فحينئذ يحلف على الحاصل
اي فح يلزم القاضي الاستحلاف على حكم الشيء في الحال وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقا
للمدعى عليه حين طالب به كذا في النهاية نقلا عن شرح الاقطع وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه اي روي
عنه انه ينظر الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل
وفي فتاوى قاضي خان قال شمس الائمة هذا احسن الاقاويل عندي وعليه اكثر القضاة وفي الكافي
قال فخر الاسلام يفوض الى راي القاضي والحاصل هو الاصل عندهما اي التحليف على الحاصل هو الاصل
عندهما اذا كان سببا اي اذا كان سبب ذلك سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه اي في التحليف
على الحاصل ترك النظر في جانب المدعي فح يحلف على السبب بالاجماع وذلك اي ما كان في التحليف على الحاصل
فيه ترك النظر في جانب المدعي مثل ان يدعي مبتوتة نفقة اي نفقة العدة والزوج ممن لا يراها اي
لا يرى نفقة العدة للمبتوتة [illegible] الجوار والمشتري لا يراها بان كان شافعيا لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي فان قيل في التحليف على السبب ضرر بالمدعى
عليه ايضا لجواز انه اشترى ولا شفعة له بان سلم او سكت عن الطلب قلنا القاضي لا يجد بدا من
الحاق الضرر باحدهما فكان مراعاة جانب المدعي اولى لان السبب الموجب للحق وهو الشراء اذا ثبت يثبت
الحق له وسقوطه انما يكون باسباب عارضة فيجب التمسك بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض كذا ذكره

الصدر

الصدر الشهيد في ادب القاضي كذا في النهاية ومعراج الدراية وان كان سببا اي ان كان سبب ذلك سببا
لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه وجحد المولى فانه
يحلف على السبب بالله ما اعتقه لانه لا ضرورة الى التحليف على الحاصل اذ لا يجوز ان يعود رقيقا بعد
الاعتاق كيف ولو تصور عود الرق فانما يتصور على تقدير وقوع الاستيلاء عليه بعد الارتداد ولا يمكن
ذلك بالنسبة الى العبد المسلم لانه يقتل بالارتداد بخلاف الامة والعبد الكافر حيث يحلف فيهما على الحاصل
اي ما هي حرة او ما هو حر في الحال كذا في الكافي لانه يكرر الرق عليها اي على الامة بالردة واللحاق بدار
الحرب والسبي وعليه اي ويكرر الرق على العبد الكافر بنقض العهد واللحاق بدار الحرب والسبي ايضا ولا
يكرر على العبد المسلم لما ذكرناه انفا قال اي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن ورث عبدا وادعاه
اخر ولا بينة له استحلف اي الوارث على علمه اي بالله ما يعلم ان هذا عبد المدعي لانه لا علم له اي للوارث
بما صنع المورث فلا يحلف على البتات اذ لو حلفناه عليه لامتنع عن اليمين مع كونه صادقا فيها فيتضرر به
كذا في الكافي وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات يعني ان وهب له عبد او اشتراه وادعاه اخر ولا
بينة له يحلف على البتات لوجود المطلق اي المجوز لليمين اي لليمين على البتات اذ الشراء سبب لثبوت
الملك وضعا وكذا الهبة فان قيل بهذا التعليل لا يقع الفرق بين الارث وغيره فان الارث ايضا
سبب موضوع للملك شرعا كالهبة فكيف يستحلف فيه على العلم قلنا ان معنى قوله الشراء سبب لثبوت الملك
وضعا ان ذلك سبب يثبت الملك باختيار المشتري ومباشرته ولو لم يعلم المشتري ان العين الذي اشتراه ملك
البائع لما باشر الشراء اختيارا وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من
غير اختياره ولا علم له بحال ملك المورث فلذلك يستحلف الوارث بالعلم والمشتري والموهوب له بالبتات
كذا في الشروح ثم اعلم ان هذا نوع آخر ايضا من كيفية اليمين وهو اليمين على العلم او البتات والضابط
في ذلك ان التحليف ان كان على فعل نفسه يكون على البتات وان كان على فعل غيره يكون على العلم فان قيل
انه لا يستقيم هذا ولو ادعى عليه رجل اباق عبد قد باعه والمدعى عليه منكر للاباق فانه يحلف على البتات
مع ان الاباق فعل غيره قلنا المدعي يدعي عليه تسليم غير السليم عن العيب وهو ينكره وانه فعل نفسه
كذا في الكافي قال الامام الاستروشني في الفصل الثالث من فصوله واما كيفية التحليف فنقول ان
وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه من كل وجه بان ادعى على رجل انك سرقت هذا العين مني او غصبت
هذا العين مني يستحلف على البتات وان وقعت الدعوى على فعل الغير من كل وجه يحلف على العلم
حتى لو ادعى دينا على ميت بحضرة وارثه بسبب الاستهلاك وادعى ان اباك سرق هذا العين
مني او غصب هذا العين مني يحلف على العلم وهذا مذهبنا قال شمس الائمة الحلواني هذا
الاصل مستقيم في المسائل كلها ان التحليف على فعل الغير يكون على العلم الا في الرد بالعيب يريد به ان المشتري

اذا ادعى ان العبد سارق او آبق واثبت اباقه او سرقته في يد نفسه وادعى انه ابق او سرق في يد البائع
واراد تحليف البائع يحلف على البتات بالله ما ابق بالله ما سرق في يدك وهذا تحليف على فعل الغير وهذا
لان البائع ضمن تسليم المبيع سليما عن العيوب والتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيكون على البتات
وكان فخر الاسلام البزدوي يزيد على هذا الاصل حرفا وهو ان التحليف على فعل نفسه على البتات
وعلى فعل الغير على العلم الا اذا كان شيئا يتصل به فح يحلف على البتات خرج على هذا فصل الرد بالعيب
لان ذلك مما يتصل به لان تسليم العبد سليما واجب على البائع فان وقعت الدعوى على فعل المدعى عليه
من وجه وعلى فعل غيره من وجه بان قال اشتريت مني استاجرت مني استقرضت مني فان هذه الافعال
فعله وفعل غيره فانها تقوم باثنين فع هذه الصور يحلف على البتات وقد قيل ان التحليف على فعل
الغير انما يكون على العلم اذا قال الذي استحلف لا علم لي بذلك فاما اذا قال لي علم بذلك يحلف على
البتات الا يرى ان المودع اذا قال قبض صاحب الوديعة الوديعة مني فانه يحلف المودع على البتات
وكذا الوكيل بالبيع اذا باع وسلم الى المشتري ثم اقر البائع ان الموكل قبض الثمن وجحد الموكل فالقول
قول الوكيل مع يمينه فاذا حلف بري المشتري ويحلف الوكيل على البتات بالله لقد قبض الموكل وهذا
تحليف على فعل الغير ولكن الوكيل يدعي ان له علما بذلك فانه قال قبض الموكل فكان له علم بذلك فيحلف
على البتات الى هنا لفظ الفصول كذا في غاية البيان وذكر الامام اللامشي ان في كل موضع وجبت اليمين
على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجبت
على العلم فحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم ولو نكل يقضي عليه لان الحلف على البتات اقوى كذا في
النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الفصول وقال بعض الفضلاء قال الزيلعي اخذا من النهاية ثم في كل
موضع وجبت اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط
اليمين عنه وفي كل موضع وجبت فيه اليمين على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط عنه
اليمين على العلم ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس
انتهى وفيه بحث اما اولا فلان قوله لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه ليس كما ينبغي
بل اللائق ان يقضي بالنكول فانه اذا نكل عن الحلف على العلم ففي الحلف على البتات اولى والجواب
المنع لجواز ان يكون نكوله لعا[illegible]ئدة اليمين على العلم فلا يحلف حذرا عن التكرار واما
ثانيا فلان قوله فيقضى عليه اذا نكل محل تامل فانها اذا لم تجب عليه كيف يقضى عليه اذا نكل الى هنا
كلام ذلك القائل واقول بحثه الثاني متوجه في الظاهر ولكنه ليس مستقلا بايراده بل قد سبقه
اليه بعض العلماء حيث ذكره في النهاية وقال وفيه كلام وهو ان الظاهر عدم الحكم بالنكول لعدم وجوب
اليمين على البتات كما لا يخفى انتهى وقد سبقهما اليه الامام عماد الدين حيث قال في فصوله ورايت فيما كتب

من نسخة شرح فصول العماد السابق

من نسخة المحيط في فصل المتفرقات من ادب القاضي منه في كل موضع وجبت اليمين على البتات فحلفه القاضي
على العلم لا يكون معتبرا واذا نكل عن اليمين على العلم لا يعتبر ذلك النكول ولو وجب على العلم فحلف على البتات
يسقط عنه الحلف لان البتات اقوى ولو نكل عنه يقضى عليه قلت وهذا الفرع مشكل انتهى ولا يخفى ان
مراده بهذا الفرع هو قوله ولو نكل عنه يقضى عليه وان وجه اشكاله توجه ما ذكراه واما بحثا الاول وجوابه
فمنظور فيهما اما البحث فلان اللازم من النكول عن الحلف على العلم ان يتهم نكوله عن الحلف على البتات
لو حلف عليه لا ان يتحقق النكول عن الحلف على البتات بالفعل والذي من اسباب القضاء هو الثاني دون
الاول كما لا يخفى واما الجواب فلان لو علم بيقين كون نكوله لا لعلمه بعدم فائدة اليمين على العلم
فالحكم ايضا ما ذكر ولا يجري الجواب المذكور هناك على انه لا وجه لقوله فلا يحلف حذرا عن التكرار
اذ المحذور تكرار التحليف لا تكرار الحلف كما لا يخفى قال اي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء ومن
ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه اي افتدى الآخر عن يمينه او صالحه منها اي صالح الآخر المدعي من اليمين على عشرة
دراهم مثلا فهو اي الافتداء او الصلح جائز فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى وقد يكون بما هو
اقل من المدعى واما الصلح من اليمين فانما يكون على مال اقل من المدعى في الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة
وكلاهما مشروع كذا في النهاية ومعراج الدراية وصواب الافتداء عن اليمين ما تور عن عثمان رضي الله
عنه قال صاحب العناية ولفظ الكتاب يشير الى انه كان مدعى عليه ذكر في الفوايد الظهيرية انه ادعى
عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل الا تحلف وانت صادق فقال اخاف
ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان سبعة
الاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف فترافعا الى عمر في خلافته فقال المقداد ليحلف يا امير المؤمنين انه الامر
كما يقول وليأخذ سبعة الآف فقال عمر لعثمان انصفك المقداد احلف انها كما تقول وخذها فلم يحلف
عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر انها كانت سبعة آلاف قال فما منعك ان تحلف وقد جعل
ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قال فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي والجواب
انه كان يدعي الايفاء على عثمان وهو نقول انتهى وقال بعض الفضلاء فيه نظر فان المقداد اذا قضى
اربعة آلاف كيف قال عثمان انها كانت سبعة آلاف ثم ان القصة ليست مما نحن بصدده اذ ليس
فيها الا النكول لا الافتداء والصلح انتهى واقول نظره ساقط بشقيه اما شقه الاول
فلان معنى قول عثمان انها كانت سبعة آلاف انها كانت في الاصل سبعة آلاف كما يرشد اليه
لفظ كانت لا ان الباقية في ذمته الآن سبعة آلاف ولا يخفى ان قضاء اربعة آلاف انما ينافي الثاني
دون الاول فان قلت يشكل ح قوله والجواب انه كان يدعي الايفاء على عثمان اذ النزاع ح يكون في الايفاء
والقبض دون مقدار اصل القرض كما ذكرته قلت المراد به انه كان يدعي ايفاء تمام الدين وهو سبعة

اي قولها جاب العناية

الآف على عثمان رضي الله عنه وهو ينكر ذلك ويقول بل وفيت البعض منه وهو اربعة الآف
وبقي البعض منه في ذمتك وهو ثلثة الآف ثم يكون النزاع في الايفاء فرع النزاع في مقدار
اصل القرض فتسلم القصة عن تعارض طرفيها كما توهمه الناظر ويخرج الجواب عما قال الشافعي
واما شقه الثاني فلانه لم يتبع احد ان القصة مما نحن بصدده بل صرحوا بان عثمان
رضي الله عنه كان مدعيا في هذه القصة فصلح ان تتخذه الشافعي دليلا على مذهبه وهو جواز
رد اليمين على المدعي وان امكن الجواب عنه من قبلنا وانما كان مدعى عليه ومفتديا عن يمينه
بمال في رواية مذكورة في الفوايد الظهيرية والمقصود التنبيه على ان قول المص وهو ما روي عن
عثمان رضي الله عنه انما بني على رواية بعض الكتب دون رواية بعضها وقد اشار اليه صاحب العناية حيث
قال اولا ولفظ الكتب يشير الى انه كان مدعى عليه فذكر ما ذكر في الفوايد الظهيرية ثم نقل هذه القصة
فقال فيكون دليلا للشافعي على جواز رد اليمين على المدعي واعلم ان صاحب النهاية قد اوضح المرام بتفصيل
الكلام في هذا المقام فقال قد اختلفت روايات الكتب في ان عثمان رضي الله عنه كان مدعى عليه في ذلك
او مدعيا ففي الفوايد الظهيرية انه ادعى عليه اربعون درهما فاعطى شيئا وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل
الا تحلف وانت صادق فقال اخاف ان يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وذكر في الباب الاول
من دعوى المبسوط في احتجاج الشافعي في مسئلة رد اليمين على المدعي ان عثمان رضي الله عنه كان مدعيا فقال
وحجته في رد اليمين على المدعي ما روي ان عثمان ادعى مالا على مقداد بين يدي عمر رضي الله عنهم الى ان قال
ليحلف لي عثمان وذكر الامام المحبوبي تمام القصة فقال روي ان مقداد بن الاسود استقرض من عثمان رضي
الله عنه سبعة آلاف درهم ثم قضاه اربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله عنه في خلافته فقال المقداد
ليحلف يا امير المؤمنين ان الامر كما يقول وليأخذ سبعة آلاف فقال لعثمان انصفك المقداد ليحلف انها كما
تقول وخذها فلم يحلف عثمان فلما خرج المقداد قال عثمان لعمر رضي الله تعالى عنهما انها كانت سبعة آلاف
قال فما منعك ان تحلف وقد جعل ذلك اليك فقال عثمان عند ذلك ما قاله ثم قال في المبسوط وتأويل
حديث المقداد انه ادعى الايفاء على عثمان وبه نقول الى هنا كلام صاحب النهاية وليس له ان يستحلف على تلك
اليمين اي ليس للمدعي ان يستحلف المدعى عليه على تلك اليمين التي افتدى عنها او صالح منها على مال ابدا اي في
وقت من الاوقات لانه اسقط حقه لان المدعي اسقط حقه في يمين المدعى عليه بالافتداء او الصلح
بخلاف ما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم فانه لم يجز وكان له ان يستحلفه لان الشراء عقد تمليك المال
بالمال واليمين ليست بمال كذا في الشروح وساير المعتبرات

باب التحالف

لما ذكر حكم يمين الواحد شرع في بيان حكم يمين الاثنين لان الاثنين بعد الواحد طبعا فرعاه في الوضع
ليناسب الوضع الطبع قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى

احدهما اي المشتري ثمنا بان قال مثلا اشتريته بماية وادعى البايع اكثر منه بان قال بعته بماية وخمسين
او اعترف البايع بقدر من المبيع بان قال مثلا المبيع كر من الحنطة وادعى المشتري اكثر منه بان قال هو
كران من الحنطة والحاصل اذا وقع الاختلاف بينهما في قدر الثمن كما في الصورة الاولى او في قدر المبيع كما في
الصورة الثانية فاقام احدهما البينة قضي له بها اي بالبينة لان في الجانب الاخر مجرد الدعوى
والبينة اقوى منها لان البينة توجب الحكم على القاضي ومجرد الدعوى لا يوجبه عليه وان اقام كل
واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات اي وضعت في الشرع للاثبات
فكل ما كان اكثر اثباتا كان اولى ولا تعارض في الزيادة لان البينة المثبتة للاقل لا تتعرض للزيادة
فكانت البينة المثبتة للزيادة سالمة عن المعارض كذا في غاية البيان قال تاج الشريعة فان قلت البينة
التي تثبت الاقل تنفي الزيادة لانها تثبت ان كل الثمن هذا القدر قلت المثبتة للزيادة تثبتها قصدا وتلك
لا تنفيها قصدا فكانت الاولى اولى لما قامت بينهما معارضة انتهى اقول جوابه هذا وان كان صحيحا
في نفسه الا انه غير مطابق لظاهر تقرير المصنف فان المفهوم منه انتفاء التعارض بين البينتين في
الزيادة والمفهوم من هذا الجواب تحقق التعارض بينهما في الزيادة مع رجحان البينة المثبتة للزيادة
على البينة النافية لها فتامل ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا بان قال البايع مثلا بعتك هذه
الجارية بماية دينار وقال المشتري بعتنيها وهذا العبد معها بخمسين دينارا واقاما بينة فبينة
البايع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات فالجارية والعبد جميعا للمشتري
بماية دينار في المثال المذكور وقيل هذا قول ابي حنيفة اخرا وكان يقول اولا وهو قول زفر رحمه الله
يقضى للمشتري بماية وخمسة وعشرين دينارا ونظير هذه المسئلة في الاجارات كذا في الشروح ثم المراد
من قوله ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا اي في قدرهما على ما ذكرنا من صورة المسئلة
واما اذا اختلفا في جنس الثمن واقاما البينة فالبينة بينة مدعي الاتفاق على قوله كما لو قال البايع
بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بماية دينار واقاما البينة لزمه
البيع بالعبد وتقبل بينة البايع دون المشتري لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما
الاختلاف في حق البايع فبينته على حقه اولى بالقبول ولانه يثبت ببينته الحق لنفسه في العبد
والمشتري ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي كذا في النهاية نقلا عن المبسوط اقول في التعليل
الثاني بحث اما اولا فبالمعارضة فان المشتري يثبت ببينته الحق للبايع في ماية دينار والبايع
ينفي ذلك والبينات للاثبات لا للنفي فينبغي ان تقبل بينة المشتري دون البايع واما ثانيا
فبالنقض فانه لو تم هذا التعليل لافاد عدم قبول بينة المشتري عند انفراده باقامة البينة
ايضا اذ هو ينفي المشتري ايضا ببينته حق البايع فيما ادعاه والبينات للاثبات لا للنفي مع ان المسئلة

يع

على انه اذا اقام احدهما البينة قضى له بها قطعا واما ثالثا فبالمنع فانا لا نسلم ان المشتري ينفي
ببينته ما يثبته البائع بل هو يثبت بها ما يدعيه نفسه وهو كون حق البائع في مائة دينار وسكت
عما يثبته البائع وهو كون حقه في العبد فان حصل مما يثبته المشتري نفي ما يثبته البائع فانما هو
بالتبع والتضمن لا بالاصالة والقصد وذلك لا ينافي كون وضع البينات للاثبات دون النفي
وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اي يقول الحاكم للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي
ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اي ويقول للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود اي المقصود من شرع الاسباب قطع المنازعة ورفع
الخصومة وهذا جهة فيه اي القول المذكور للبائع وللمشتري جهة في قطع المنازعة لانه ربما
لا يرضيان اي المتبايعان بالفسخ فاذا علما به اي بالفسخ يتراضيان اي بما يدعي كل واحد منهما اقول
لقائل ان يقول كما ان ما ذكر جهة في قطع المنازعة كذلك عكس ذلك جهة فيه بان يقال للبائع
اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه المشتري والا فسخنا البيع وان يقال للمشتري اما ان تقبل
ما اعترف به البائع من المبيع والا فسخنا البيع وبالجملة ان قطع المنازعة كما يمكن بان يكلف
مدعي الاقل بالرضى بالاكثر يمكن ايضا بعكسه وهو ان يكلف مدعي الاكثر بالرضى بالاقل فما الرجحان
في اختيارهم الجهة المذكورة دون عكسها فتامل فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى
الآخر قال صاحب النهاية في شرح قول المص فان لم يتراضيا اي بان يعطي كل واحد ما يدعيه صاحبه
انتهى اقول فيه قصور لان هذا لا يتصور الا في الصورة الثالثة من الصور الثلث المذكورة
وهي ما اذا اختلفا في الثمن والمبيع جميعا دون الصورتين الاخريين اذ قد مر في الكتاب ان صورة
الاختلاف في الثمن ان يدعي احدهما ثمنا ويدعي الآخر اكثر منه وان صورة الاختلاف في المبيع ان يدعي
احدهما قدرا من المبيع ويدعي الآخر اكثر منه فلو اعطى كل واحد ما يدعي صاحبه في هاتين الصورتين لزم
اعطاء الثمنين معا او اعطاء المبيعين معا وهذا خلف ولا يخفى ان ما ذكره المص ههنا حكم عام للصور
الثلث جميعا فلا يناسبه التفسير المزبور وقال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام اي ان
لم يتراض البائع والمشتري يعني لم يرض البائع بما ادعاه المشتري من المبيع ولم يرض المشتري بما ادعاه
البائع من الثمن يستحلف القاضي كل واحد من البائع والمشتري على دعوى صاحبه انتهى اقول وفيه
ايضا قصور لان هذا ايضا لا يجري الا في الصورة الثالثة من تلك الصور الثلث كما لا يخفى
على ذي مسكة فلا يناسب ما ذكره المص ههنا من الحكم العام للصور الثلث كلها واما سائر الشراح
فلم يتعرضوا ههنا للشرح والبيان فالحق عندي في شرح المقام ان يقال اي ان لم يتراض البائع والمشتري
على الزيادة سواء كانت مما يدعيه احدهما كما في الصورة الاولى والصورة الثانية او مما يدعيه كل واحد منهما

كما في

كما في الصورة الثالثة استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الآخر فيجري معنى الكلام و
فحوى المقام في كل صورة كما ترى وهذا التحالف قبل القبض اي قبل قبض المشتري من السلعة كذا في
النهاية ومعراج الدراية على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر اي ينكر
ما ادعاه البائع والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع والبائع ينكره فكل منهما منكر فيحلف لان اليمين
على المنكر بالحديث المشهور واما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له
بقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه اي كان القياس ان يكتفى بحلفه فان قلت اذا
لم يدع المشتري شيئا فيما بعد القبض ينبغي ان لا تقبل بينته في هذه الصورة اذا اقامها لان البينة للمدعي
مع انه قال فيما قبل فان اقام احدهما البينة قضى له بها قلت المراد ان المشتري لا يدعي شيئا ادعاء معنويا فيما بعد القبض
وهذا لا ينافي ان يكون المشتري مدعيا ادعاء صوريا في هذه الصورة وبينة المدعي صورة تسمع على ما مر جوابه
كما اذا ادعى المودع رد الوديعة على ما مر لا يقال الآن كان المشتري مدعيا صورة فيما بعد القبض يكون البائع
منكرا لما ادعاه صورة فيصير التحالف ههنا ايضا موافقا للقياس لانا نقول لم يقل احد بتحليف المنكر الصوري
بل انما اليمين ابدا على المنكر الحقيقي بخلاف المدعي الصوري فان البينة تسمع منه على ما ذكروا ولك ان تقول
في الجواب عن اصل السؤال ان المشتري لا يدعي شيئا فيما بعد القبض وقبول بينته فيه لدفع اليمين عنه لا لكونه
مدعيا وهذا اي قبول البينة من غير المدعي لدفع اليمين كثير في مسائل الفقه يعرفه من يتتبع الكتب وهذا اقوى
من الجواب الاول ووفق لما رايناه حقا في شرح مراد المص من كلامه المذكور في صدر كتاب الدعوى فتذكر
اقول بقي ههنا شيء وهو انه ان اراد المص بكلمة هذا في قوله وهذا التحالف قبل القبض على وفاق
القياس الاشارة الى ما في صورة الاختلاف في الثمن فقط من الصور الثلث المذكورات كما هو الظاهر
من اختصاص الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ بتلك الصورة فلا يخلو الكلام
عن الركاكة لفظا ومعنى اما الاول فلان تلك الصورة ابعد الصور المذكورة فالاشارة اليها فيها بلفظ
القريب بعيد واما الثاني فلان الاصل المذكور اعني كون التحالف قبل القبض على وفاق القياس وبعده
على خلافه غير مخصوص بتلك الصورة بل هو جار ايضا في صورة الاختلاف في المبيع فان المشتري
يدعي فيها قبل قبض البائع الثمن زيادة المبيع والبائع ينكره والبائع يدعي وجوب تسليم الثمن بما اعترف
من المبيع والمشتري ينكره فكل منهما منكر فيحلف واما بعد قبض البائع الثمن فلا يدعي البائع شيئا لان الثمن سالم له
بقي دعوى المشتري في زيادة المبيع والبائع ينكره فيكتفى بحلفه ولقد افصح الامام الزيلعي عن عدم اختصاصه
بتلك الصورة حيث قال في التبيين وهذا اذا كان قبل قبض احد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده
فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر انتهى فاذا لم يكن الاصل
المذكور مخصوصا بتلك الصورة لم يظهر لتخصيص الاشارة اليها فيها وجه وان اراد بها الاشارة الى جنس التحالف

فلا يخلو المقام عن الركاكة لفظا ومعنى ايضا اما الاول فلان لفظ هنا يصير زايدا لا موقع له في الظاهر واما الثاني فلان الدليل الذي ذكره بقوله لان البائع يدعي زيادة الثمن الخ يصير اخص من المدعى ثم اعلم ان صاحب الكافي وكثيرا من الثقات تركوا كلمة هنا في بيان الاصل المذكور ولكنهم ذكروا ايضا في مخالفة القياس بعد القبض ما يختص بصورة الاختلاف في الثمن فقط ويمكن توجيه الكل بعناية فتامل لكنا عرفناه بالنص استدراك من قوله فيكتفي بحلفه يعني كان القياس في صورة الاستحلاف بعد القبض ان يكتفي بحلف المشتري لكنا عرفنا التحالف بالنص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال صاحب العناية ولقائل ان يقول هذا الحديث يخالف المشهود فان لم يكن مشهورا فهو مرجوح وان كان فكذلك لعموم المشهود او يتعارضان ولا ترجيح انتهى اقول في الجواب عنه قد تقرر في كتب الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارة النص فح يكون هذا الحديث راجحا على الحديث المشهود لان هذا الحديث يدل بعبارته على استحلاف المدعى ايضا فيما نحن فيه واما الحديث المشهود فلا يدل بعبارته على عدم استحلاف المدعى مطلقا بل انما يدل عليه باشارته حيث يفهم من تقسيم الحجتين المخصمين او من جعل جنس الايمان على المنكرين كما تبين فيما مر فهو اذن مرجوح قال اي القدوري في مختصره ويبتدى اي القاضي بيمين المشتري قال المص وهذا قول محمد وابي يوسف آخرا او رواية عن ابي حنيفة رحمهم الله وهو الصحيح عن القول لابي يوسف كما سيجيء لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن فهو البادي بالانكار قال صاحب العناية وهذا يدل على تقدم الانكار دون شدته ولعله اراد بالشدة التقدم وهو انسب بالمقام لانه لما تقدم في الانكار تقدم في الذي يترتب عليه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر ان مدار ما ذكره المص على كون البادي اظلم لكونه منشأ للثاني ايضا فيكون اشد كما يكون اقدم ويجوز ايضا ان يكون مداره على ان المشتري لما كان مطالبا اولا بالثمن كان منكرا للشيئين اصل الوجوب ووجوب الاداء في الحال فكان اشد انكارا وعند هذين المحملين الصحيحين لاجراء الكلام على الحقيقة كيف يجوز حمل الاشد على الاقدم تجوزا مع عدم ظهور العلاقة بينهما ولانه تتعجل فائدة النكول اي بالابتداء بيمين المشتري وهو اي فائدة النكول الزام الثمن ذكر الضمير الراجع الى الفائدة اما باعتبار الخبر وهو الزام الثمن او بتاويل الفائدة بالنفع ولو بدى بيمين البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لان تسليم المبيع يتأخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له اي للبائع اذ تسلم المبيع الى ان تستوفي الثمن فكان تقديم ما تتعجل فائدته اولى كذا في الكافي وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا يبدأ بيمين البائع وذكر في المنتقى وفي جامع ابي الحسن انه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر كذا في العناية وغيرها لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع وجه الاستدلال انه عليه الصلوة والسلام خصه بالذكر اي خص البائع بالذكر حيث قال فالقول ما قاله البائع واقل فائدته اي فائدة التخصيص التقديم يعني انه عليه الصلوة والسلام جعل القول قول

البائع

البائع وهذا بظاهره يقتضي الاكتفاء بيمينه فاذا كان لا يكتفى بيمينه فلا اقل من ان يبدأ بيمينه وفي غاية البيان قال في شرح الاقطع جوابا عن هذا الحديث انما خص البائع بالذكر لان يمين المشتري معلومة لا تشكل لقوله عليه السلام واليمين على من انكر فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه انتهى اقول فيه نظر لان قوله عليه السلام واليمين على من انكر كما انه دليل في حق المشتري دليل ايضا في حق البائع فانه قد مر ان كل واحد منهما منكر في كل واحدة من الصور الثلث المذكورة فيما اذا اختلفا قبل القبض واما فيما اذا اختلفا بعد القبض ففي صورة الاختلاف في الثمن بعد قبض المبيع المنكر هو المشتري وفي صورة الاختلاف في المبيع بعد قبض الثمن المنكر هو البائع فاستوى كل واحد من البائع والمشتري في الاندراج تحت قوله عليه السلام واليمين على من انكر في اكثر الصور وعدم الاندراج تحته في بعض الصور فلا فرق بينهما في اشكال اليمين وعدم اشكالها وتقدم البيان وعدم تقدمه فلم يتم الجواب المذكور ثم ان هذا الذي ذكر من لزوم الابتداء بيمين المشتري على القول الصحيح او بيمين البائع على القول الآخر اذا كان البيع بيع عين بثمن وان كان بيع عين بعين وهو المسمى بالمقايضة او ثمن بثمن اي بيع ثمن بثمن وهو المسمى بالصرف بدأ القاضي بيمين ايهما شاء من البائع والمشتري لاستوائهما اي في الانكار وفي فائدة النكول وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين كذا ذكر في الاصل وقال في الزيادات يحلف اي البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا قال المص والاصح الاقتصار على النفي لان الايمان على ذلك وضعت اي على النفي وضعت لا على الاثبات كذا في النهاية ومعراج الدراية دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا وقال صاحب العناية وفيه نظر لان ذلك لا ينافي التاكيد انتهى اقول بل ينافيه لان وضع الايمان لما كان مقصورا على النفي كما ارشد اليه تفسير المنقول عن النهاية ومعراج الدراية ودل عليه كلام المصنف حيث قال على ذلك وضعت بتقديم على ذلك على وضعت دون تاخيره عنه على ما هو حقه افادة للقصر وضمها على النفي المشار اليه بذلك لم يجز ادراج الاثبات في اليمين ولو بطريق التاكيد والا يلزم الظلم للمنكر بالزام الزائد على ما يجب عليه شرعا اذ لا شك ان الذي يجب عليه شرعا ويكون حقا للمدعي انما هو الاتيان بما وضعت له اليمين دون ما هو خارج عنه زائد عليه وهو الاثبات فلا بد من الاقتصار على النفي كما ذكر ولبعض الفضلاء بصدد الجواب عن النظر المزبور كلمات طويلة الذيل جلها بل كلها مدخول ومجروح تركنا ذكرها وردها مخافة التطويل بلا طائل قال اي القدوري في مختصره فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما اي ان طلبا او طلب احدهما كذا في الكافي والشروح قال المص وهذا اي الذي ذكره القدوري يدل على انه اي البيع لا ينفسخ بنفس التحالف وقد صرح في غاية البيان وبه صرح في كتاب الاستحلاف لابي حازم القاضي حيث قال

اذا تحالفا فسخ الحاكم البيع بينهما ولم ينفسخ بالتحالف انتهى وقال في الكافي وقيل ينفسخ بنفس
التحالف والصحيح هو الاول انتهى لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع مجهول اي بقي بيع
بثمن مجهول كذا في الكافي والكفاية اقول هذا لا يتم في صورة كون الاختلاف في المبيع دون
الثمن فالاولى ان يكون مراد المصنف اعم من ذلك اي بقي بيع مجهولا اما بجهالة المبيع فيما اختلفا في المبيع
واما بجهالة الثمن فيما اختلفا في الثمن واما بجهالة المبيع والثمن معا فيما اختلفا فيهما فيفسخه
القاضي قطعا للمنازعة بينهما او يقال اذا لم يثبت البدل للتعارض بين قوليهما بقي بيعا بلا بدل
وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع اي البيع الفاسد وهما لم يفسخاه فلا بد ان يقوم القاضي
مقامهما وفي المبسوط حل للمشتري وطي الجارية اذا كانت المبيع فلو فسد البيع بالتحالف لما حل للمشتري
وطيها كذا في الشروح قال اي القدوري في مختصره وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لانه
اي الناكل جعل باذلا لصحة البذل في الاعواض فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته
اي ثبوت ما ادعاه الآخر لعدم المعارضة اقول في تقرير المصنف شي وهو انه ساق الدليل على اصل ابي
حنيفة فقط حيث جعل باذلا والنكول عندهما اقرار لا بذل كما مر فلا يتمشى ما ذكره على اصلهما مع ان
مسئلتنا هذه اتفاقية بين ائمتنا فكان الاحسن ان يقول لانه صار مقرا بما يدعيه الآخر او باذلا
له كما قاله صاحب الكافي والامام الزيلعي ثم اعلم ان الامام الزيلعي زاد في شرح هذا المقام من الكنز
قيدا آخر حيث قال فلو نكل اذا اتصل به القضاء وقال وهو المراد بقول المص لزمه دعوى الآخر
لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيئا اما على اعتبار البذل فظاهر واما على اعتبار انه اقرار فلانه
اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده انتهى قال اي القدوري في مختصره وان اختلفا في الاجل
اي في اصله او قدره كذا في الشروح او في شرط الخيار اي في اصله او قدره كذا في معراج الدراية وغاية
البيان او في استيفاء بعض الثمن وكذا الحكم فيما اذا اختلفا في استيفاء كل الثمن لكن لم يذكره المصنف
لان ذلك مفروغ عنه باعتبار انه صار بمنزلة سائر الدعاوى كذا في النهاية ومعراج الدراية فلا تحالف
بينهما عندنا وبه قال احمد وقال زفر والشافعي ومالك يتحالفان ولو اختلفا في اصل البيع لم يتحالفا بالاجماع
كذا في معراج الدراية ثم ان القول في مسائل الكتاب لمنكر الاجل ولمنكر شرط الخيار ولمنكر الاستيفاء وفي
مسئلة الاختلاف في اصل البيع لمنكر العقد ذكرها صاحب الكافي وسيجي بعضها في الكتاب قال صاحب
العناية واذا اختلفا في الاجل في اصله او في قدره او في شرط الخيار او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف
بينهما فالقول قول البائع انتهى وقال بعض الفضلاء هذا ليس بسديد لانه قد يكون القول قول المشتري
اذا كان منكرا كما اذا كان مدعي الخيار هو البائع انتهى اقول هذا ظاهر ولكن الغالب ان صاحب العناية
سلك هنا مسلك التغليب اعتمادا على ظهور امر هذه الصورة قال المص في تعليل المسائل المذكورة

لان هذا

لان هذا اي الاختلاف في الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن اختلاف في غير المعقود عليه وهو المبيع
والمعقود به وهو الثمن والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف لان التحالف عرف بالنص والنص انما ورد عند
الاختلاف فيما يتم به العقد اذ قد علق فيه وجوب التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق
وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء
الثمن فكانه قيل اذا اختلف المتبايعان في المبيع او في الثمن تحالفا فالاختلاف فيما ذكر من الاجل وشرط الخيار
واستيفاء بعض الثمن لم يكن في معنى المنصوص عليه فلم يلحق به يلحق به هذا زبدة ما في الشروح والكافي ههنا
فاشبه الاختلاف في الحط اي في الحط من الثمن والابراء اي الابراء عن الثمن ولا تحالف في الاختلاف فيهما بل القول
قول من انكر مع يمينه فكذا في الاختلاف في الامور المذكورة وهذا اي كون الاختلاف في الامور المذكورة
اختلافا في غير المعقود عليه والمعقود به ويجوز ان يشار بها الى الاقرب اي شبه الاختلاف في الامور
المذكورة للاختلاف في الحط والابراء لان بانعدامه اي بانعدام ما ذكر من الاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض
الثمن لا يختل ما به قوام العقد لان العقد بلا شرط واجل جائز فاذا اختلفا في الشرط او في الاجل وحلفا بقي
العقد بلا شرط واجل وانه لا يوجب الفساد واما اذا اختلفا في الثمن او المثمن وحلفا لم يثبت ما ادعاه احد
فبقي الثمن او المثمن مجهولا وذلك يوجب الفساد ووجه آخر وهو ان الاختلاف في الثمن او المثمن يوجب الاختلاف
في العقد الا يرى انه لو اختلف الشاهدان فشهد احدهما بالبيع بالف درهم والآخر بالدنانير لا تقبل واذا
اختلفا في العقد كان كل منهما مدعيا ومنكرا اما الاختلاف في الشرط والاجل فلا يوجب الاختلاف في العقد
الا يرى انه لو شهد احدهما انه باعه بالف الى شهر وشهد الآخر انه باعه بالف يقضى بالعقد بالف حالة وكذا لو شهد
احدهما انه باعه بشرط الخيار ثلثة ايام وشهد الآخر انه باعه ولم يذكر الخيار وجازت الشهادة كذا في النهاية
نقلا عن جامع الامام قاضيخان بخلاف الاختلاف في وصف الثمن كالجودة والرداءة وجنسه كالدراهم
والدنانير حيث يكون الاختلاف فيهما بمنزلة الاختلاف في القدر اي في قدر الثمن في جريان التحالف
لان ذلك اي الاختلاف في وصف الثمن يرجع الى نفس الثمن اي الى الاختلاف في نفس الثمن فان الثمن
دين وهو اي الدين يعرف بالوصف فلما اختلفا في الوصف وهو معرف صار اختلافهما في المعرف وهو الثمن
ولا كذلك الاجل اي ليس الاختلاف فيه بمنزلة الاختلاف في قدر الثمن لانه اي الاجل ليس بوصف بل هو اصل بنفسه
لكنه يثبت بواسطة الشرط نور هذا بقوله الا يرى ان الثمن موجود بعد مضيه اي بعد مضي الاجل ولو كان وصفا
لتبعه كذا في الكافي قال في معراج الدراية كذا قيل وفيه نوع تامل انتهى قال اي القدوري في مختصره
والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما اي الخيار والاجل يثبتان بعارض الشرط اي بشرط عارض
على اصل العقد والقول لمنكر العوارض والحكم في استيفاء بعض الثمن كذلك لان بانعدامه لا يختل ما به
قوام العقد لبقاء ما يحصل ثمنا كذا في العناية قال اي القدوري في مختصره فان هلك المبيع ثم اختلفا

اي فان هلك المبيع بعد قبض المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية
الى المبسوط لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري اي مع يمينه وقال محمد رحمه الله
يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي رحمه الله وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه
اي ملك المشتري او صار اي المبيع بحال لا يقدر اي المشتري على رده بالعيب بحدوث عيب في يده لهما اي لمحمد
والشافعي رحمهما الله ان كل واحد منهما اي من البائع والمشتري يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكر
فان البيع بالف غير البيع بالفين الا يرى ان شاهدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة
وانه يفيد دفع زيادة الثمن اعلم ان حل هذه المقدمة وربطها بالمقام من مشكلات هذا الكتاب ولهذا كان
الشراح ههنا طرائق قددا ولم يات احد منهم بما يشفي العليل فقال صاحب النهاية اي وان التحالف
يفيد اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف فان فائدة
اليمين النكول وهذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ما فائدة التحليف على قول محمد بعد الهلاك مع عدم
حكمه فان حكم التحالف التراد وامتنع التراد بالهلاك فلا فائدة في التحالف فاجاب عنه وقال بل فيه
فائدة وهي دفع المشتري الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري فلذلك يتحالفان فان قيل
هذا يحصل بتحليف المشتري فان المشتري اذا نكل يجب الثمن الذي ادعاه البائع والبائع اذا نكل
يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة فيتحالفان لهذا الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره صاحب
معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المحال اقول فيه بحث اما اولا فلانه لما فسر الدفع الواقع
في كلام المص بالاعطاء على ان يكون من دفع اليه لا من دفع عنه حيث قال اي وان التحالف يفيد
اعطاء المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري عن الحلف وجعل مراد المص
ان فائدة التحالف عند محمد هي اعطاء المشتري الزيادة يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري اتجه
عليه السوال الذي ذكره بقوله فان قيل بالضرورة ولم يدفعه ما ذكره جوابا عنه اصلا لانه ان اراد
انه لا يحصل تمام الفائدة التي حمل عليه مراد المص ههنا بتحليف المشتري فليس بصحيح اذ لا شك انه اذا
حلف المشتري وحده ونكل عن الحلف يجب عليه اعطاء زيادة الثمن التي يدعيها البائع وان
اراد انه لا يحصل تمام الفائدة الحقيقية بتحليف المشتري فلا يفيد شيا في دفع السوال لان مورده
ما حمل عليه مراد المص ههنا واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله في الجواب والبائع اذا نكل الخ انه
اذا نكل بعد نكول المشتري يندفع عن المشتري ما ادعى عليه البائع من الزيادة فليس بصحيح اذ قد
تقرر فيما مر انه اذا نكل احد المتعاقدين عن اليمين لزمه دعوى الاخر فبعد نكول المشتري
يلزمه دعوى البائع فلا يجري تحليفه فكيف يتصور نكوله وان اراد به اذا نكل بعد حلف المشتري
يندفع عن المشتري ما ادعى البائع عليه من الزيادة يتجه عليه ان في هذه الصورة يندفع عن المشتري

ذلك

ذلك بحلفه السابق فلا تاثير فيه لنكول البائع وايضا يتجه على مجموع الجواب ان الامر الثاني وهو اندفاع
الزيادة عن المشتري يحصل بتحليف المشتري ان حلف كما ان الامر الاول وهو وجوب اعطاء الزيادة على المشتري
يحصل بتحليفه ان نكل فتمام الفائدة الذي ذكره وهو احد الامرين لا بعينه يحصل بتحليف المشتري وحده فلم
يظهر فائدة تحليف البائع قط وقال صاحب الكفاية وتاج الشريعة يعني ان التحالف يفيد دفع زيادة الثمن
عن المشتري عند نكول البائع فكان التحالف مفيدا انتهى اقول فيه ايضا بحث لانهما حملا الدفع الواقع
في كلام المص على معنى المنع حيث جعلاه من دفع عنه كما ترى واعتبرا ظهور الفائدة عند نكول البائع فيتجه على
ما ذهبا اليه ان نكول البائع انما يتصور بعد حلف المشتري لا بعد نكوله لما بيناه آنفا وعند حلف المشتري
قد حصلت هذه الفائدة اعني دفع زيادة الثمن عن المشتري فما الفائدة في تحليف البائع ونكوله بعد ذلك
وقال صاحب العناية وانه يعني التحالف يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة
الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة فكان مفيدا انتهى اقول
وفيه ايضا بحث لانه جعل الدفع الواقع في كلام المص من دفع عنه كما ترى فالظاهر ان قوله بالنكول متعلق بقوله
يدفع عن المشتري وان مراده بالنكول نكول البائع دون نكول المشتري لان الذي يقتضي دفع زيادة الثمن
عن المشتري انما هو نكول البائع واما نكول المشتري فيقتضي دفعه زيادة الثمن بمعنى اعطائه اياها فاذن يؤول
قوله يعني ان التحالف يدفع عن المشتري زيادة الثمن التي يدعيها البائع عليه بالنكول الى ما ذكره صاحب الكفاية
وتاج الشريعة كما مر فيرد عليه ما يرد على ذلك ويزداد اشكال قوله واذا حلف البائع اندفعت الزيادة المدعاة
لان مدلوله ان يكون اندفاع الزيادة المدعاة بحلف البائع ومدلول قوله السابق ان يكون اندفاعها بنكول
البائع فيلزم ان يتحد حلف البائع ونكوله حكما وهذا ظاهر الفساد فان قلت يجوز ان يكون معنى قوله اللاحق
واذا حلف البائع بعد حلف المشتري اندفعت الزيادة المدعاة بان يفسخ البيع على قيمة الهالك ومعنى قوله
السابق اذا نكل البائع يندفع الزيادة المدعاة عن المشتري بان يقضى بما ادعاه المشتري وهو اقل الثمنين
لا بان يفسخ البيع على قيمة الهالك فاختلف حكم حلف البائع وحكم نكوله بها بين الجهتين وهو كاف قلت لا يتعين
ان يكون قيمة الهالك انقص مما ادعاه البائع بل يجوز ان تكون مساوية له بل ازيد منه فلا يلزم من فسخ البيع
على قيمة الهالك اندفاع الزيادة المدعاة فلا يتم حمل معنى قوله اللاحق على ما ذكر فان قيل يجوز ان تكون كلمة حلف
في قوله واذا حلف البائع الخ على صيغة المبني للمفعول من التفعيل ويكون المعنى واذا حلف البائع اندفعت
الزيادة المدعاة اي بنكول البائع لا بحلفه فلا يلزم المحذور المذكور وهو اتحاد حكم حلف البائع ونكوله
قلنا فحينئذ يلزم استدراك قوله اللاحق لحصول هذا المعنى بعينه من قوله السابق كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء
قصد حل كلام العناية ههنا فقال في تفسير قوله بالنكول اي بنكول المشتري وقال وقوله بالنكول متعلق بزيادة
في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن وقال في تفسير قوله واذا حلف البائع يعني بعد حلف المشتري وقال

فان قيل دافع زيادة الثمن المدعاة حلف المشتري ايضا لانا قلنا اذا حلف البائع بعد حلف المشتري يفسخ على القيمة
وتندفع الزيادة المدعاة انتهى اقول جملة ما ذكره ليست بشيء اما تفسير قوله بالنكول بنكول المشتري وجعل قوله
بالنكول متعلقا بزيادة في قوله يدفع عن المشتري زيادة الثمن فلانه لا يكون للكلام ح معنى معقول اصلا
لانه ان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن الكائنة اي الثابتة في الواقع بنكول المشتري فلا وجه
لان زيادة الثمن ان ثبتت في الواقع ثبتت بالعقد لا غير وان كان المعنى يدفع عن المشتري زيادة الثمن
الثابتة في علم القاضي بنكول المشتري فلا صحة له لان زيادة الثمن اذا ثبتت في علم القاضي بنكول المشتري
تجب على المشتري فكيف يدفعها التحالف عنه بل لا يتصور التحالف عند نكول المشتري اصلا على ما مر غير مرة
واما قوله يعني بعد حلف المشتري فلورود السؤال الذي ذكره بقوله فان قيل الخ عليه واما جوابه عن هذا
السؤال فلسقوطه بما ذكرناه آنفا من انه لا يلزم من فسخ البيع على القيمة اندفاع الزيادة المدعاة لجواز ان
تكون القيمة مساوية للزيادة المدعاة بل ازيد منها قال صاحب غاية البيان قوله وانه يفيد دفع زيادة
الثمن اي ان دعوى المشتري يفيد ذلك وتذكير الضمير بتاويل الادعاء انتهى اقول وفيه ايضا بحث
لان دعوى المشتري لا تفيد دفع زيادة الثمن سواء كان المراد بالدفع معنى الاعطاء او معنى المنع وانما
الذي يفيد دفعها بينة المشتري وحلفه ان كان المراد بالدفع معنى المنع وتكون له ان كان المراد به معنى
الاعطاء على ان الذي يقتضيه المقام بيان فائدة التحالف لا بيان فائدة دعوى المشتري ولا بيان
فائدة تحليفه فقط فلو كان مراد المص ما ذكره فات مقتضى المقام كما لا يخفى على ذوي الافهام فيتحالفان
هذا نتيجة الدليل المذكور كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة بان ادعى احدهما العقد
بالدراهم والآخر بالدنانير فانهما يتحالفان ويلزم المشتري رد القيمة ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به اي بالتحا
في حال قيام السلعة وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا
وترادا فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة فان قيل فليكن حال هلاك السلعة ملحقا بحال قيام السلعة
بالدلالة اجاب بقوله والتحالف فيه اي في حال قيام السلعة يفضي الى الفسخ فيندفع به الضرر عن كل
واحد منهما برد راس ماله بعينه اليه ولا كذلك بعد هلاكها اي بعد هلاك السلعة لارتفاع العقد
اي بالهلاك الا يرى انه لا ينفسخ بالاقالة والرد بالعيب بعد هلاك السلعة فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا
يرد الا على ما ورد عليه العقد فلم يكن في معناه اي فلم يكن وقت هلاك السلعة في معنى وقت قيام السلعة
فبطل الالحاق ايضا ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود هذا جواب عن قول
محمد والشافعي ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره اي لا يبالى بالاختلاف في السبب
بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر على ما زعم هو او البا

تلغا ذكر السبب وصار بمنزلة اختلافهما في الف والفين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزايد وهذا
بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن لان البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر والمشتري يدعي الشراء بالدراهم
والبائع ينكر وانكاره صحيح لان المبيع لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وههنا اتفقا على الالف
وهو يكفي للصحة كذا قرر المقام في الكفاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي وقال صاحب العناية في تقرير
قوله ولانه لا يبالي الخ جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه وهو قول
بموجب العلة اي سلمنا ذلك لكن لا يفيدنا فيما نحن فيه لان اختلاف السبب انما يعتبر اذا افضى الى التناكر
وههنا ليس كذلك لان مقصود المشتري وهو ملك المبيع قد حصل بقبضه وتم بهلاكه وليس يدعي
على البائع شيئا ينكره يجب عليه الثمن ثم قال ونوقض بحال قيام السلعة وبما اذا اختلفا بيعا
وهبة فان في كل منهما المقصود حاصل والتحالف موجود واجيب عن الاول بثبوته بالنص على
خلاف القياس وعن الثاني بانه ليس الاختلاف والمذكور في بعض الكتب قول محمد رح انتهى وانما
يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجباته هذا ايضا
جواب عن قولهما وانه يفيد دفع زيادة الثمن يعني ان المراعى من الفائدة ما يكون من موجبات
العقد وفائدة دفع زيادة الثمن ليست منها بل من موجبات النكول وليست اليمين من
موجبات العقد حتى يكون النكول من موجباته فلا يترك بها ما هو من موجباته وهو ملك المبيع وقبضه
هذا زبدة ما في الشروح واعترض عليه بعض الفضلاء بان ملك المبيع وقبضه باق على حاله على تقدير التحالف
غايته انه يملكه بالقيمة فلا يلزم ترك موجب العقد به انتهى اقول ليس هذا بسديد لان الذي
من موجبات العقد تملك المبيع بالثمن المعين في ذلك العقد لا تملكه بالقيمة وانما هو موجب التحالف
والفسخ فيلزم ترك موجب العقد ثم ان صاحب العناية بعد شرح المقام قال وفيه لانا قد اعتبرنا
في حال قيام السلعة التراد فائدة للتحالف وليس من موجبات العقد والجواب انه ثبت بالنص على
خلاف القياس انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب بان قال فيه فانه قبل القبض على وفاق
القياس انتهى اقول لم يعتبر التراد فائدة للتحالف الا بعد القبض اذ الرد انما يتصور بعد القبض
فكان الجواب المزبور دافعا للنظر المذكور نعم لقائل ان يقول الظاهر ان للتحالف قبل القبض فائدة ما
فاي شيء اعتبر فائدة للتحالف قبل القبض لم يكن من موجبات العقد البتة لان موجب التحالف فسخ العقد
وحكم الفسخ يخالف حكم العقد قطعا فينتقض به قولهم وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وهذا
اي هذا الذي ذكرناه من الاختلاف في التحالف عند صورة هلاك المبيع اذا كان الثمن دينا اي ثابتا
في الذمة بان كان من الدراهم او الدنانير او المكيلات او الموزونات الموصوفة الثابتة في الذمة فان
كان عينا اي فان كان الثمن عينا كالثوب والفرس ونحو ذلك بان كان العقد مقايضة وهلك احد العوضين

تحالفان اى بالاتفاق لان المبيع فى احد الجانبين قايم فان كل واحد من العوضين فى بيع المقايضة
مبيع وثمن ولا يتعين احدهما للثمنية بدخول الباء كما تقرر فى كتاب البيوع فيوفر فايدة الفسخ
وهو التراد فيرد القايم ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له مثل هذا اذا اختلفا
فى قدر البدل وان اختلفا فى كون البدل دينا او عينا ان ادعى المشترى انه كان عينا تحالفا عندهما
وان ادعى البايع انه كان عينا وادعى المشترى انه كان دينا لا يتحالفان فالقول قول المشترى
كذا فى الكفاية قال اى القدورى فى مختصره وان هلك احد العبدين اى بعد قبضهما كذا فى الشروح ثم اختلفا
فى الثمن لم يتحالفا عند ابى حنيفة الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك يعنى اذا باع الرجل عبدين
صفقة واحدة وقبضهما المشترى فهلك احدهما ثم اختلفا فى الثمن فقال البايع بعتهما منك بالفى درهم
وقال المشترى اشتريتهما منك بالف درهم لم يتحالفا عند ابى حنيفة رحمه الله الا ان يرضى البايع ان يترك
حصة الهالك وفى الجامع الصغير القول قول المشترى اى فيهما كذا فى كثير من الشروح مع يمينه عند ابى ح
الا ان يشاء البايع ان ياخذ الحى ولا شىء له وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظه يقتضى ان يكون
المستثنى منه يمين المشترى ولفظ القدورى الذى هو لفظ المبسوط يقتضى ان يكون المستثنى منه عدم
التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك قوله لم يتحالفا وقال ابو يوسف رحمه الله يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد
فى الحى قال صاحب العناية وقوله فى تحرير المذاهب يتحالفان فى الحى ليس بالصحيح على ما سيجىء انتهى اقول
يعنى ان قوله ههنا يتحالفان فى الحى ليس على ما هو التفسير الصحيح للتحالف على قول ابى يوسف على ما سياتى
وهو ان يتحالفا على القايم والهالك معا لا ان يتحالفا على القايم فقط كما قاله بعضهم ولكن فيه نظر اذ يمكن
تطبيق قوله هنا على ما سياتى من التفسير الصحيح فانه لم يقل ههنا يتحالفان على الحى حتى يكون كلمة على صلة التحالف
فيؤول المعنى الى التفسير الغير الصحيح بل قال يتحالفان فى الحى فيجوز ان تكون كلمة فى بمعنى اللام ويصير المعنى
يتحالفان لاجل الحى كما فى قوله تعالى فذلكن الذى لمتننى فيه وكما فى الحديث ان امراة دخلت النار فى هرة حبستها
على ما نص عليه فى مغنى اللبيب ولا يخفى ان كون تحالفهما لاجل الحى اى كون المقصود من تحالفهما فسخ العقد فى الحى
لا ينافى ان يتحالفا على الحى والميت معا كما هو الصحيح ليفيد التحالف على ما سياتى بيانه والقول قول المشترى
فى قيمة الهالك هذا من تتمة قول ابى يوسف اقول فى عبارة الكتاب ههنا قصور لان قول المشترى انما يعتبر فى حصة
الهالك من الثمن الذى اقر به المشترى كما سيجىء تفصيله لا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبايع انتهى وعن هذا
قال صاحب الكافى وقال ابو يوسف يتحالفان فى الحى ويفسد العقد فى الحى والقول للمشترى فى حصة الهالك
من الثمن مع يمينه انتهى وقال محمد يتحالفان عليهما اى على الهالك ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل
السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض اولى قال صاحب العناية والجواب ان هلاك البعض محوج الى معرفة القيمة
بالحزر وذلك مجهول فى المقسم عليه فلا يجوز انتهى ورد عليه بان المقسم عليه عند محمد ليس القيمة حتى يلزم ذلك عليه

ولابى يوسف

ولابى يوسف ان امتناع التحالف للهالك اى لاجل الهالك فيتقدر بقدره اى يتقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لان الحكم
لا يزيد على العلة ولابى ح ان التحالف على خلاف القياس حال قيام السلعة يعنى ان التحالف بعد القبض ثبت بالنص على
خلاف القياس فى حال قيام السلعة وهى اى السلعة اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها لانعدام الكل
بانعدام جزئه وما ثبت على خلاف القياس لا يتعدى الى الغير فحصل من هذا الدليل نفى القياس والجواب عن قول محمد
كما لا يخفى ولانه لا يمكن التحالف فى القايم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة اى باعتبار القيمة كما سيأتى
وهى اى القيمة تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز فلا يلحق بالتحالف حال قيام السلعة
تماما فحصل من هذا الدليل نفى الدلالة والجواب عن قول ابى يوسف كما ترى فان قلت ما الفرق لابى حنيفة بين هذه
المسئلة وبين مسئلة الاجارة فيما اذا اقام القصار بعض العمل فى الثوب ثم اختلفا فى مقدار الاجرة ففى حصة
ما اقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه وفى حصة ما بقى يتحالفان بالاجماع اعتبارا للبعض بالكل واستيفاء بعض
المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع وفيه التحالف عند ابى ح ايضا دون هلاك بعض المبيع قلت الفرق بينهما من حيث
ان عقد البيع فى العبدين عقد واحد فاذا تعذر فسخه فى البعض بالهلاك تعذر فى الباقى واما عقد الاجارة ففى حكم
عقود متفرقة يتجدد انعقاده بحسب ما يقيم من العمل فبان تعذر فسخه فى الباقى كذا فى الشروح ونقله صاحب النهاية
عن اجارات المبسوط اقول لقائل ان يقول هذا الفرق انما يتمشى بالنظر الى الدليل الاول واما بالنظر الى
الدليل الثانى فلا لان عقد الاجارة وان كان فى حكم عقود متفرقة الا انه فى الصورة المذكورة كان بصفقة
واحدة لم يعين فيها لكل جزء من المعقود عليه اجرة معلومة فلا بد من القسمة وهى بالحزر والظن فيؤدى الى
التحالف مع الجهل بعين ما قيل فى عقد البيع فينبغى ان لا يجوز ايضا الا ان يرضى البايع ان يترك حصة الهالك
اصلا اى بالكلية لو شرح اى يعنى ان يرضى البايع بترك حصة البايع بما ذكر يكون الثمن كله بمقابلة القائم
فيخرج الهالك عن العقد فيتحالفان اى اذا كان الامر كذلك فيتحالفان وهذا اى توجيه قوله الا ان يرضى البايع
ان يترك حصة الهالك بما ذكر تخريج بعض المشايخ اى عامتهم ويصرفون الاستثناء عندهم الى التحالف
لانه هو المذكور فى الكلام فكان تقدير الكلام لم يتحالفا عند ابى ح رحمه الله الا اذا ترك البايع حصة الهالك
فيتحالفان كما ذكرنا اراد به قوله فيتحالفان وقالوا اى قال هؤلاء المشايخ ان المراد من قوله فى الجامع
الصغير ياخذ الحى ولا شىء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا اقول كان الظاهر فى التحرير
من حيث العربية والمعنى ان يترك لفظ معناه من البين او ان يقال ان قوله فى الجامع الصغير ياخذ الحى
ولا شىء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا ووجه الظهور ظاهر قال بعض المشايخ ياخذ من ثمن
الهالك بقدر ما اقر به المشترى وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء يصرف الاستثناء الى يمين المشترى
لا الى التحالف فيصير معنى الكلام لم يتحالفا عند ابى ح والقول قول المشترى مع يمينه الا ان يشاء
البايع ان ياخذ الحى ولا ياخذ من ثمن الهالك شيئا زائدا على ما اقر به المشترى فح لا يمين على المشترى

لانه لما اخذ البائع بقول المشترى فقد صدقه فلا يحلف المشترى قال صاحب العناية وكلام المصنف يشير الى ان اخذ الحى لم يكن بطريق الصلح كما نقله صاحب النهاية عن الفوائد الظهيرية بل بطريق تصديق المشترى فى قوله وترك ما يدعيه عليه وهو اولى لما قال شيخ الاسلام انه لو كان بطريق الصلح لكان معلقا بمشيتهما البتة انتهى وقال بعض الفضلاء فيه ان اخذ الحى يكون معلقا بمشيتهما البتة وانما الذى لا يتعلق بمشية اخذ ما اقر به من ثمن الهالك انتهى اقول هذا ليس بشئ لانه اذا اراد بقوله اذ اخذ الحى يكون معلقا بمشيتهما البتة انه كان فى الكتاب معلقا بمشيتهما البتة فليس بصحيح لان المذكور فى الكتاب الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحى ولا شئ له ولم يعلق به اخذ الحى الا بمشية البائع وان اراد به يكون فى الصلح معلقا بمشيتهما البتة فليس بمفيد له اصلا بل هو مؤيد لما قاله شيخ الاسلام فان مراده ان اخذ الحى لو كان بطريق الصلح لكان معلقا فى الكتاب بمشيتهما كما يكون فى الصلح متعلقا بمشيتهما البتة ولم يعلق فيه الا بمشية البائع ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه ما بيناه فى القائم اى فى المبيع القائم على حاله وهو قوله وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف الخ وانما لم يختلف صفة التحالف عنده فى الصورتين لان قيام السلعة عنده ليس بشرط للتحالف واذا اختلفا ولم يتفقا على شئ كان الاحسن فى التحرير ان يقول واذا لم يتفقا على شئ وحلفا بتقديم لم يتفقا على شئ حلفا فى الموضع لتعدمه عليه فى الطبع فادعى احدهما الفسخ او كلاهما اى او ادعى كلاهما يفسخ العقد بينهما ويامر القاضى المشترى برد الباقى وقيمة الهالك والقول فى القيمة قول المشترى لان البائع يدعى عليه زيادة قيمة وهو ينكر ليكون القول قوله كما اذا اختلفا فى قيمة المغصوب او المقبوض بعقد فاسد كذا فى الشروح واختلفوا فى تفسيره اى فى تفسير التحالف على قول ابى يوسف قال فى النهاية وصاحب الذخيرة لم يذكر تفسير التحالف على قول ابى حنيفة لان عنده هلاك البعض يمنع التحالف كهلاك الكل اقول فيه شئ وهو ان هلاك البعض لا يمنع التحالف عنده مطلقا بل ان رضى البائع ان يترك حصة الهالك اصلا يتحالفان عنده ايضا على تخريج عامة المشايخ وقد ارتضى المص هذا التخريج حيث بنى عليه شرح معنى الكتاب والاكثر آنفا فكان لذكر تفسير التحالف عند ابى حنيفة ايضا مساغ وغرهذا ان الامام الزيلعى بعد ان ذكر بعد ان و تفسير التحالف على قول محمد وعلى قول ابى يوسف قال وعند ابى حنيفة ان البائع اذا رضى ان يترك حصة الهالك عن الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذى ذكرناه لابى يوسف رحمه وقال فى غاية البيان لما كان قول ابى حنيفة عدم وجوب التحالف استغنى عن التفسير على قولهما انتهى اقول هذا اقرب الى الحق مما سبق ولكن فيه ايضا شئ لا يخفى فالاولى ان يقال لما كان جريان التحالف عند هلاك بعض المبيع فى قول ابى حنيفة مخصوصا بتخريج بعض المشايخ وبصورة نادرة هى صورة الاستثناء لم يذكر تفسير التحالف عنده على سبيل الاستقلال بل اكتفى

بما نبهم من بيان تفسيره على قول ابى يوسف رحمه والصحيح ان يحلف المشترى بالله ما اشتريتهما الا بما يدعيه البائع ومنهم من قال يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والعقد ينفسخ فى القائم لا فى الهالك وهذا ليس بصحيح لان المشترى لو حلف بالله ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه البائع كان صادقا وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى صدق فلا يفيد التحالف فالصحيح ان يحلف المشترى على الوجه المذكور فى الكتاب فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذى يدعيه المشترى فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف ينفسخان العقد فى القائم فان قلت اسند فسخ العقد هنا اليهما كما ترى وفيما سبق الى القاضى حيث وان حلفا فسخ القاضى البيع بينهما فما التوفيق قلت معنى ما سبق فسخ القاضى ان لم ينفسخا بانفسهما كما يشير اليه الشراح قالوا فى شرح ذلك المقام فسخ القاضى العقد بينهما ان طلبا او طلب احدهما لان الفسخ حقهما فلا بد من الطلب انتهى اذ لا يخفى ان الفسخ اذا كان حقهما فهما يقدران على احداثه بانفسهما و معنى ما ذكر هنا ينفسخان العقد اراد الفسخ بانفسهما على نهج قوله عليه السلام تحالفا وترادا و هذا لا ينافى ان يفسخه القاضى ايضا فيما اذا لم ينفسخاه بانفسهما بل طلباه او طلبه احدهما من القاضى وسيجئ التصريح من الشراح فى مسئلة التحالف فى الاقالة يتساوى فسخ القاضى وفسخهما بانفسهما ويسقط حصته اى حصة القائم من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى اقر به المشترى ولا يلزمه قيمة الهالك لان القيمة تجب اذا انفسخ العقد والعقد فى الهالك لم ينفسخ عنده كذا فى العناية ويعتبر قيمتهما فى الا يوم القبض يعنى يقسم الثمن الذى اقر به المشترى على العبد القائم والهالك على قدر قيمتهما فان اتفقا على ان قيمتهما يوم القبض كانت على السواء يجب على المشترى نصف الثمن الذى اقر به المشترى ويسقط عنه نصف ذلك الثمن وان تصادقا ان قيمتهما يوم القبض كانت على التفاوت فان تصادقا على ان قيمة الهالك يوم القبض كانت كذا يجب على المشترى بقدرها حصة من الثمن الذى اقر به ويسقط عنه الباقى من ذلك الثمن وان اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فقال المشترى كانت قيمة القائم يوم القبض الفا وقيمة الهالك خمسمائة وقال البائع على العكس فالقول للبائع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب الثمن الذى اقر به المشترى ثم المشترى يدعى سقوط زيادة من الثمن الذى قيمة الهالك والبائع ينكر والقول قول المشترى مع يمينه فان قيل لماذا يعتبر قيمتهما يوم القبض دون العقد فى حق انقسام القيمة ومسائل الزيادات تدل على هذا حتى قال محمد قيمة الام يعتبر يوم العقد وقيمة الزيادة يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين صاحب الفوائد هذا اشكال هائل اوردته على كل قوم تحرير فلم يهتد احد الى الجواب ثم قال والذى يخايل لى بعد طول التجشم ان فيما

نسام

ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وفيما نحن بصدده تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار
مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في الميت منهما لان ان تعذر الفسخ في الهالك بكان الهلاك
لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على
تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد حتى قال يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف عنده فيجب اعمال التحالف في اعتبار
قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض كذا في النهاية واكثر الشروح اقول في التوجيه الذي
ذكره الامام ظهير الدين نظر لان تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد في حق الميت على قول ابي يوسف
ممنوع لان ما يوجب ذلك فيما نحن فيه انما هو التحالف كما صرح به والتحالف انما يجري عنده في الحي دون الميت
لتعذر الفسخ في الهالك عنده لامتناع جريان التحالف فيه للهلاك لا لمجرد الهلاك بدون امتناع جريان
التحالف الا يرى ان محمدا لما اجاز التحالف على الهلاك ايضا اجاز الفسخ في الهالك على قيمته ولم يكن الهلاك
مانعا عنده فاذا لم يتحالف التحالف على قول ابي يوسف وتعذر الفسخ فيه ايضا فما الباعث على اعتبار ما هو من
لوازم الفسخ فيه ومجرد عدم تعذر اعتباره لا يقتضي اعتباره سيما عند تحقق ما يقتضي اعتبار القيمة يوم العقد
وهو كونه مقصودا بالعقد ثم ان صاحب العناية قال نقلا عما في تلك الشروح واقول الاصل فيما هلك وكان
مقصودا بالعقد ان تعتبر قيمته يوم العقد الا اذا وجد ما يوجب فسخ العقد فانه يعتبر حينئذ قيمته يوم القبض لانه لما
انفسخ العقد وهو مقبوض على جهة الضمان تعين اعتبار قيمته يوم قبضه وفيما نحن فيه لما كانت الصفقة واحدة
وانفسخ العقد في القائم دون الهالك صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة غير مفسوخ نظرا الى
وجود المانع وهو الهلاك فعملنا فيه بالوجهين وقلنا بلزوم الحصة من الثمن نظرا الى عدم الانفساخ و
بانقسامه على قيمته يوم القبض نظرا الى الانفساخ انتهى اقول وفيه ايضا نظر لان قوله وفيما نحن فيه
لما كانت الصفقة واحدة وانفسخ العقد في القائم صار العقد مفسوخا في الهالك نظرا الى اتحاد الصفقة
غير تام لان اتحاد الصفقة انما يقتضي انفساخ العقد في الهالك بانفساخه في القائم لو وقع الفسخ قبل قبضهما
فانه يلزم حينئذ تفريق الصفقة قبل تمامها وهو غير جائز واما اذا وقع الفسخ بعد قبضهما فلا يقتضي ذلك
فان اللازم حينئذ تفريق الصفقة بعد تمامها وهي تتم بالقبض وهو جائز الا يرى الى ما مر في باب خيار العيب من ان
من اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فانه يفسخ العقد في المعيب خاصة عند ائمتنا
الثلاثة بناء على ان تفريق الصفقة بعد تمامها بالقبض جائز والمسئلة فيما نحن فيه مفروضة فيما اذا هلك احد العبدين
بعد قبضهما كما تبين في صدر المسئلة فلا يتم التقريب فان اقاما البينة تقبل بينة لانه نور دعواه بالحجة
وان اقاما فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري يدعي زيادة
في قيمة القائم فوجب ان تقبل بينته لاثباتها الزيادة قلنا ان الذي وقع الاختلاف فيه مقصودا قيمة الهالك
والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف

فيه مقصودا فكانت اولى بالاعتبار كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام المرغيناني وقاضي خان وهو
اي ما ذكره من قول ابي يوسف وتخريجاته قياس ما ذكر في بيوع الاصل اي المبسوط اشترى عبدين وقبضهما ثم رد
احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما
اي يوم القبض كذا في النهاية فان اختلفا في قيمة الهالك اي في مسئلة الاصل فالقول قول البائع لان الثمن
قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر
وان اقاما البينة اي في مسئلة الاصل فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة
الهالك والبينات شرعت للاثبات فما كان اكثر اثباتا كان اولى قال المص وهذا الفقه اي اعتبار بينة البائع و
يمينه لمعنى فقهي وهو ان في الايمان تعتبر الحقيقة اي حقيقة الحال لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة وكذلك
المص بقوله لانها اي الايمان تتوجه على احد العاقدين اي لا على الوكيل والنائب وهما اي المتعاقدان يعرفان حقيقة
الحال لان العقد فعل انفسهما والانسان اعرف بحال نفسه فيبنى الامر عليها اي على الحقيقة والبائع منكر حقيقة
لانه ينكر سقوط الزيادة وفي البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال لانهما يخبران عن
فعل الغير لا عن فعل انفسهما فيجوز ان يكون الحال في الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل او تلجئة او غير
ذلك فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع يدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا اي كما اعتبر يمينه وتترجح اي
وتترجح بينته على بينة المشتري بالزيادة والظاهرة على ما مر وهو قوله لانها اكثر اثباتا ظاهرا وهذا
اي ما ذكر في بيوع الاصل يبتني كله على ما ذكرنا من قول ابي يوسف في التحالف وتفريعاته التي ذكرت في مسئلة
الجامع الصغير قال اي محمد في بيوع الجامع الصغير ومن اشترى جارية وقبضها او نقد ثمنها كذا في الشروح
وفي اصل الجامع الصغير ثم تقايلا ولم يقبض البائع المبيع بعد الاقالة كذا في الشروح ويشير اليه المص بقوله
والمسئلة مفروضة قبل القبض ثم اختلفا في الثمن فقال المشتري كان الثمن الفا فعليك ان ترد الالف
وقال البائع كان خمسمائة فعليّ رد الخمسمائة فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول حتى يكون حق البائع في الثمن
وحق المشتري في المبيع كما كان قبل الاقالة معناه يعود البيع الاول اذا فسخ القاضي او فسخا بانفسهما
الاقالة لان الاقالة كالبيع لا تنفسخ الا بالفسخ كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن صدر الاسلام
ولما استشعر ان يقال النص الوارد في حق التحالف وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة تحالفا وترادا لم يتناول الاقالة فما وجه جريان التحالف فيها اجاب بقوله ونحن ما
اثبتنا التحالف فيه اي في التقايل بالنص لانه ورد في البيع المطلق اي في البيع من كل وجه والاقالة
فسخ في حق المتعاقدين وان كان بيعا جديدا في حق غيرهما فان قلت قوله والاقالة فسخ في حق
المتعاقدين انما يتمشى على قول ابي حنيفة ومحمد لا على قول ابي يوسف كما لا يخفى فبني الجواب ايضا على
اصلهما دون اصله فتدبر وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض اي

قبل قبض البائع الجارية بحكم القاضي فالقياس يوافقه على ما مر أو في أول الباب ولهذا تفسير الاجارة
على البيع قبل القبض توضيح لقوله وانما اثبتناه بالقياس يعني اذا اختلف الموجر والمستاجر قبل استيفاء
المعقود عليه في الاجرة تجري التحالف بينهما والوارث على العاقد اي وتفسير الوارث على العاقد يعني اذا
اختلف وارث البائع والمشتري في الثمن قبل القبض تجري التحالف بينهما والقيمة على العين اي وتفسير
القيمة على العين فيما اذا استهلك في يد البائع غير المشتري يعني اذا استهلك غير المشتري العين
المبيعة في يد البائع وضمن القيمة قامت القيمة مقام العين المستهلكة فان اختلف العاقدان
في الثمن قبل القبض يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند قيام العين المشتراة لكون
النص اذ ذاك معقول المعنى وفي غاية البيان وجدت في النسخة المقابلة بنسخة المصنف وفي بعض
النسخ فيما اذا استهلك المشتري وفي بعضها فيما اذا استهلك المبيع قال الامام حافظ الدين الكبير
البخاري على حاشية كتابه الصحيح استهلكا انتهى وفي معراج الدراية الصواب اذا استهلك المشتري انتهى
في يد البائع غير المشتري وهذه العبارة على نسخة قوبلت بنسخة المصنف والصواب استهلك المشتري
بضم التاء على صيغة بناء المفعول والمشتري على صيغة المجهول انتهى ولو قبض البائع المبيع بعد
الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد لانه يرى معلولا بعد القبض ايضا يعني ان
محمدا يرى النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا
معلولا بوجوب الانكار من كل واحد من المتبايعين لما يدعيه الآخر من العقد وهذا المعنى لا يتفاوت
بين كون المبيع مقبوضا او غير مقبوض قال بعض الفضلاء فان قيل الاقالة بيع عند ابي
يوسف فيكون متنا ولا للنص فينبغي ان يجري التحالف عنده بعد قبض البائع ايضا قلنا لما وقع
الخلاف في كونه بيعا لا يتناوله النص الوارد في البيع المطلق للشبهة انتهى اقول هذا الجواب ساقط
جدا لان التحالف ليس مما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص كما لا يخفى فلو كان مجرد وقوع
الخلاف في كون الاقالة بيعا مانعا عنده عن ان يتناولها النص الوارد في البيع المطلق في حق حكم
التحالف لكان ذلك مانعا عنده عن ان يتناولها النصوص الواردة في حق سائر احكام البيع
المطلق ايضا مع ان احكام البيع المطلق جارية باسرها في الاقالة عنده على ما تقرر في بابها ثم اقول
في دفع السوال ان اصل ابي يوسف في الاقالة هو انها بيع الا ان لا يمكن جعلها بيعا كالاقالة قبل
القبض في المنقول فتجعل فسخا كما بينوا في باب الاقالة ففيما نحن فيه لما اختلفا في الثمن ولم يثبت
قول احدهما صار الثمن مجهولا فلم يمكن جعله بيعا لعدم جواز البيع بالثمن المجهول كعدم جواز
بيع عدم قبل القبض فلم يتناوله النص الوارد في البيع المطلق فلم يجر التحالف فيه عنده
ايضا لا بالنص ولا بالقياس قال محمد في بيوع الجامع الصغير ومن اسلم عشرة ولم اسلم

في كر حنطة

في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن اي في راس المال فقال المسلم اليه كان راس المال خمسة وقال
رب السلم كان عشرة فالقول قول المسلم اليه اي مع يمينه لان رب السلم يدعي عليه زيادة وهو ينكر
ولا يعود السلم اي ولا يتحالفان ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض اي الفسخ
يعني ان المقصود من التحالف الفسخ واليه الاشارة النبوية بقوله عليه السلام تحالفا وترادا والاقالة
في باب السلم لا تحتمله لانه اي الاقالة في باب السلم ذكر الضمير بتاويل التقايل اسقاط المسلم فيه وهو
دين والدين الساقط لا يعود فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع فانها تحتمل الفسخ ويعود
البيع الى المشتري بعد عوده الى البائع لكونه عينا قائما ونوقض هذا بقوله الا يرى انه لو كان راس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب اي فقضى القاضي بالرد بالعيب على رب السلم وهلك اي في يد المسلم اليه قبل
التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك في بيع العين يعود المبيع دل اي دل هذا الذي
ذكر على الفرق بينهما اي بين السلم والبيع فان قيل ما الفرق لمحمد بين اقالة السلم وبين ما اذا هلكت
السلعة ثم اختلفا في مقدار الثمن فانهما يتحالفان فيما اذا هلكت السلعة ولا يتحالفان في اقالة
السلم اذا اختلفا في مقدار راس المال وان فات المعقود عليه في الفصلين جميعا قلنا الاقالة
في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ كذا في النهاية وفي
معراج الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية قال القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في المهر
فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته قال المصنف في تعليله لانه
نور دعواه بالحجة وقال الشراح اما قبول بينة المراة فظاهر لانها تدعي الزيادة وانما الاشكال في قبول بينة
الزوج لانه منكر للزيادة فكان عليه اليمين لا البينة وانما قبلت لانه يدعي في الصورة وهي كافية لقبولها
انتهى وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة هذا من تمام كلام القدوري قال المصنف في تعليله لانها
اي لان بينة المراة تثبت الزيادة وقال في توجيهه معناه اذا كان مهر مثلها اي مهر مثل المراة اقل مما ادعته
وقال صاحب العناية في تفصيل المسئلة وان اقاما فلا يخلو اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا فان
كان الاول فالبينة للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فالبينة للزوج لانها تثبت الحط و
بينتها لا تثبت شيئا لثبوت ما ادعته بشهادة مهر المثل انتهى اقول في تحرير خلل حيث حكم في الاول
على الاطلاق بكون البينة للمراة وليس كذلك بل الاول ايضا لا يخلو من ان يكون مهر المثل مثل ما اعترف
به الزوج او اقل منه ومن ان يكون اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة فان كان الاول فالبينة
للمراة لانها تثبت الزيادة وان كان الثاني فتعارض بينتاهما حيث تثبت بينتها الزيادة وتثبت بينته
الحط فتتهاتران فيجب مهر المثل وقد صرح بهذا التفصيل في عامة الكتب المعتبرة حتى المتون في باب المهر بل
صرح به صاحب العناية ايضا في ذلك الباب من شرح هذا الكتاب واما قول المص معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما

اوادعته فليس بهذا الثابت من الخلل ويمكن ان يكون مراده به مجرد الاحتراز عما اذا كان اكثر مما ادعته
لا التعميم لتشمل كون مهر مثلها اقل مما ادعته بخلاف تحرير صاحب العناية فان عبارته لا تخلو في قوله فان
اقاما فلا تخ اما ان يكون مهر المثل اقل مما ادعته او لا تقتضي شمول الاقسام كما لا يخفى على ذوي الافهام و لقد
احسن الامام الزيلعي في هذا المقام حيث قال في شرح قول صاحب الكنز وان برهنا فللمراة هذا اذا كان مهر المثل
يشهد للزوج بان كان مثل ما يدعي الزوج او اقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المراة تثبت خلاف
الظاهر فكانت اولى وان كان مهر المثل يشهد لها وان كان مثل ما يدعيه المراة او اكثر كانت بينة الزوج اولى
لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان
اقل مما ادعته المراة واكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح انهما تتهاتران لانهما استويا في الاثبات
لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا يكون احديهما اولى من الاخرى انتهى وان لم يحلفا
بينة اي ان عجزا عن اقامة البينة تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام
التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه اي في النكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع لان
عدم التسمية يفسده لبقائه بيعا بلا ثمن وهو فاسد على ما مر اي في كتاب البيوع بل في هذا الباب ايضا
حيث قال او تقايلا اذا لم يثبت البدل بقي بيعا بلا بدل وهو فاسد فيفسخ اي البيع قال صاحب النهاية
فان قلت النص لشرعية التحالف انما ورد في البيع والنكاح ليس في معناه وهو ظاهر فكيف تعدى حكم
النص من البيع الى النكاح او نقول ان التحالف انما شرع في عقد يحتمل الفسخ لما ان الفسخ من احكام التحالف
ولا فسخ في النكاح بعد التحالف بالاتفاق فيجب ان لا يشرع فيه التحالف لعدم حكمه قلت اما الاول وهو
ورود النص في البيع فقلنا ان المعنى الموجب للتحالف هناك موجود هنا من كل وجه فيثبت التحالف
في النكاح ايضا بدلالة النص وذلك لان الموجب للتحالف هناك هو ان كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر
ولم يمكن ترجيح احدهما على الاخر في الدعوى والانكار لتساويهما فيهما فلذلك قبلت بينتهما وبينهما
لان كل واحد منهما ينكر ما يدعيه الاخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه تمسكا بقوله صلى الله
عليه وسلم البينة للمدعي واليمين على من انكر واما الثاني وهو ان الفسخ حكم التحالف فالفسخ
ليس بثابت هنا بحيث ابن مذكور في الكتاب وايضا في ذلك هو ان التحالف انما اوجب الفسخ في التحالف
لانه لما تعذر اثبات دعوى كل واحد منهما بسبب يمين الاخر لزم خلو العقد عن البدل في البدل
اذا خلا في البيع يفسد البيع والفاسد يفسخ واما النكاح اذا خلا عن العوض عنه فلا يفسد
لو لم يذكر التسمية واذا لم يفسد النكاح لا يفسخ اذ الفسخ انما كان بسبب الفساد فافترقا
الى هنا اشار في الفوائد الظهيرية انتهى وقد اقتفى اثره في هذين السؤالين وهذين الجوابين
صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول في كل واحد من الجوابين بحث اما في الاول فلان المعنى

الموجب

الموجب للتحالف وهو كون كل واحد من المتعاقدين مدعيا ومنكرا مع عدم امكان ترجيح احدهما على الاخر
انما يوجد هنا قبل تسليم المراة نفسها الى الزوج واما بعد التسليم فلا يوجد لان الزوج لا يدعي على المراة
شيئا اذ المعقود عليه سالم له بقي دعوى المراة في زيادة المهر والزوج ينكرها على قياس ما تقرر في الاختلاف
في البيع بعد القبض والمسئلة فيما نحن فيه ليست بمفروضة قبل القبض بل هي عامة لما قبل القبض وما بعده
بل كانت هي مصورة في بعض الشروح بصورة تختص بما بعد القبض فيبقى السؤال في هذه الصورة الاعلى قول
محمد فانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا كما مر واما في الثاني فلان حاصل بيانه سبب عدم ثبوت
الفسخ في النكاح بل حاصله ان التحالف انما شرع لحكمه وهو الفسخ فاذا لم يثبت الفسخ في النكاح ينبغي
ان لا يجري فيه التحالف ايضا ويؤيده ان التحالف لم يجر فيما اذا اختلفا في الاقالة في السلم لعدم
احتمال الاقالة في باب السلم الفسخ كما مر قبيل مسئلتنا هذه فتامل ولكن يحكم مهر المثل هذا متدارك
من قوله ولا يفسخ النكاح اي ولكن يحكم مهر المثل بقطع النزاع فان كان اي مهر المثل مثل ما اعترف به
الزوج او اقل اي مما اعترف به الزوج قضي بما قال الزوج لان الظاهر اي ظاهر الحال شاهد له اما في صورة
كون مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج فظاهر لموافقة قوله مهر المثل واما في صورة كون مهر المثل اقل مما
اعترف به الزوج فكون قوله اقرب الى مهر المثل من قولها وان كان اي مهر المثل مثل ما ادعته المراة
او اكثر اي مما ادعته المراة قضي بما ادعت المراة لان الظاهر شاهد لها لمثل ما بيناه آنفا وان
كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعته المراة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم
تثبت الزيادة على مهر المثل اي بسبب حلف الزوج ولا الحط عنه اي بسبب حلف المراة قال اي المص
رحمه الله عنه ذكر التحالف اي القدوري التحالف ولا تم التحكيم وهذا اي ما ذكره القدوري قول الكرخي لان مهر
المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية لانه موجب نكاح لا تسمية فيه وسقوط اعتبارها بالتحالف
اي وشرط التسمية انما هو بالتحالف فلهذا يقدم اي التحالف في الوجوه كلها يعني فيما اذا كان مهر المثل
مثل ما اعترف به الزوج او اقل منه او كان مثل ما ادعته المراة او اكثر منه او كان اكثر مما اعترف
به الزوج واقل مما ادعته المراة فهذه خمسة وجوه ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
تعجيلا لفائدة النكول لان اول التسليمين عليه فيكون اول اليمينين عليه كذا في النهاية ومعراج
الدراية نقلا عن الفتاوى الظهيرية كما في المشتري اي كما يبدا بيمين المشتري على القول الصحيح
تعجيلا لفائدة النكول وتخريج الرازي بخلافه اي تخريج ابي بكر الرازي بخلاف قول الكرخي فان
الرازي يقول بتحكيم مهر المثل ولا اذا شهد مهر المثل لاحدهما ثم يقول بالتحالف اذا لم يشهد
ذلك لاحدهما قال المص وقد استقصيناه اي تخريج الرازي في النكاح اي في كتاب النكاح
وذكرنا خلاف ابي يوسف وهو ان القول في جميع ذلك قول الزوج الا ان ياتي بشيء قليل مستنكر

وتكلموا في تفسيره على ما مر بيانه في كتاب النكاح فلا نعيده اي لا نعيد ذكر خلافه هنا قال صاحب النهاية وهذا اي قول الرازي هو الاصح لان تحكيم مهر المثل هنا ليس لايجابه بل لمعرفة من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي ان يكون القول قول من يشهد له الظاهر مع يمينه كذا ذكره الامام قاضي خان والمحبوبي انتهى وقال صاحب غاية البيان قالوا ان قول الكرخي هو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما ينعدم التسمية بالتحالف لانه ح يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل انتهى وقال صاحب العناية واقول ان اراد وا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام وان ارادوا ان غيره فاسد فالحق ما قال صاحب النهاية لان التسمية يمنع المصير الى مهر المثل لايجابه واما التحكيم لمعرفة من يشهد له الظاهر فممنوع انتهى واما اقول ان قوله ان اراد وا بقولهم هو الصحيح ان غيره يجوز ان يكون اصح فلا كلام ليس بصحيح اذ لا مجال لارادة هذا المعنى من ذلك اللفظ لانهم لما قالوا هو صحيح ح لا ينافي كون غيره اصح بل قالوا هو الصحيح بتعريف المسند على المسند اليه وهو قصر الصفة على الموصوف كما ترى فاذا كانت صفة الصحة مقصورة عليه فكيف يجوز ان يتصف غيره بالاصحية والاتصاف بالاصحية يستلزم الاتصاف باصل الصحة لانها زيادة الصحة اللهم الا ان يكون مراده لا كلام في المراد لا في الارادة فتامل ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول لما بالهم لا يحكمون قيمة المبيع اذا اختلف المتبايعان في الثمن لمعرفة من يشهد له الظاهر كما في النكاح فانه لا يخلو عنه ويمكن ان يجاب عنه بان مهر المثل امر معلوم ثابت بيقين فجاز ان يكون حكما بخلاف القيمة فانها تعلم بالحزر والظن فلا تفيد المعرفة فلا تجعل حكما انتهى واقول في جوابه تحكم حيث جعل مهر المثل امرا معلوما ثابتا بيقين والقيمة امرا مظنونا غير مفيد للمعرفة والحال انهما ان كانا متفاوتين في المعرفة فمهر المثل اخفى من القيمة اذ قد تقرر في باب المهر ان مهر المثل يعتبر بقرائب المراة من قوم ابيها ويعتبر فيه التساوي من المراتين سنا وجمالا ومالا وعقلا ودينا وبلدا وعصرا وبكارة وثيابة ولا يخفى ان معرفة هذه الشرائط عسير جدا بخلاف القيمة اذ يكفي فيها نوع خبرة باحوال الامتعة كما لا يخفى فالصواب في الجواب ما ذكره صاحب النهاية والكفاية حيث قالا انما اعتبرنا هناك لانا بد عن اعتبار احدهما غير ممكن فان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لان القيمة لا يمكن اثباتها ثمنا بمطلق العقد ومهر المثل يمكن اثباته مهرا بمطلق العقد وهذا هو الفرق بينهما انتهى وقال صاحب النهاية الى هذا اشار في الفوائد الظهيرية ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة يعني انه يحكم مهر المثل او لا ثم من يشهد له فالقول له وان كان بينهما تحالفان والبيه مال الامام فخر الاسلام وهو تخريج الرازي واما على تخريج الكرخي فيتحالفان اولا كما تقدم كذا في العناية الا ان قيمة الجارية اذا كانت مهر المثل يكون لها اي للمراة قيمتها اي قيمة الجارية دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد اي التراضي فوجبت القيمة اي قيمة الجارية وان اختلفا في الاجارة قبل

استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص معناه اختلفا في البدل اي الاجرة او في المبدل اي المعقود عليه وهو المنفعة وهذا احتراز عن اختلافهما في الاجل فانه لا يجري التحالف بينهما فيه بل القول فيه قول من ينكر الزيادة كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الظاهر كان ان يريد المص على قوله في البدل او المبدل او فيهما كما زاده صاحب الكافي ليتناول الصور الثلث الاتية فكانه اراد بقوله في البدل او المبدل منع الخلو احترازا عما ذكرناه انفا لا منع الجمع فيتناولهما ايضا فتدبر لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس من حيث ان كل واحد من المتبايعين منكر لما يدعيه صاحبه فكان اليمين على من انكر على ما مر اي فيما قبل هذا الباب والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما عقد معاوضة يلحقه الفسخ ليس فيه معنى التبرع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة لان وضع مسئلتنا في الاختلاف في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه فصار الاختلاف في الاجارة قبل قبض المنفعة كالاختلاف في البيع قبل البيع فجرى التحالف هنا كما جرى ثمة فان قيل قيام المعقود عليه شرط التحالف والمنفعة معدومة فوجب ان لا يجري فيها التحالف قلنا في المعدوم يجري التحالف كما في السلم وان العين المستاجرة اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فصار كانها قائمة كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين فان وقع الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة اي لوجوب زيادة الاجرة على حذف المضاف قال صاحب الغاية اخذا من شرح تاج الشريعة فان قيل كان الواجب ان يبدأ بيمين الاجر لتعجيل فائدة النكول فان تسليم المعقود عليه واجب اولا على الاجر ثم وجب الاجرة على المستاجر بعده اجيب بان الاجرة ان كانت مشروطة التعجيل فهو الاسبق انكارا فيبدأ به وان لم يشترط لا يمتنع الاجر من تسليم العين المستاجرة لان تسليمها لا يتوقف على قبض الاجرة فيتاخر انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلفا انتهى اقتفى اثره الشارح العيني اقول في الجواب بحث من وجوه الاول ان الموجر وان لم يمتنع من تسليم العين المستاجرة بادعاء من الاجرة ولكن يمتنع من تسليمها بما اعترف به المستاجر منها فان تسليمه اياه وان لم يتوقف على قبض الاجرة الا انه يتوقف على تعينها والا لم يكن الموجر منكر الوجوب لتسليم المعقود عليه بما عينه المستاجر فيلزم ان لا يكون الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وهذا خلف والثاني ان ما ذكره منقوض بما اذا اختلف المتبايعان في المبيع دون الثمن فان المشتري هناك ايضا لا يمتنع من تسليم الثمن بناء على ان تسليمه لا يتوقف على قبض المبيع مع انه يبدأ فيه بيمين المشتري كما يبدأ بيمينه في صورة الاختلاف في الثمن ويعلل بتعجيل فائدة النكول والثالث ان قوله فيتاخر انكار المستاجر لزيادة الاجرة فيحلفا ناد بر انه لا انكار للموجر اصلا كما هو المتبادر من العبارة فليس بصحيح اذ يلزم ح ان لا يحلف الموجر اصلا فيختل وضع المسئلة لان وضعها في التحالف لا في حلف

الواحد وان اراد به ان للموجر ايضا انكارا لان في الانكار المستاجر ما تيقظ البداء بيمينه فهو اول المسئلة ولم يظهر بعد ثم ان تاج الشريعة اجاب بعد الجواب المذكور بوجه اخر حيث قال ولان الاجارة اعتبرت بالبيع ومن شرط القياس ان لا يغير حكم النص في الفرع بل يعدى حكم الاصل بعينه وذلك فيما قلنا انتهى اقول وفيه ايضا بحث لان هذا منقوض بالصورة الثانية الاتية وهي ما اذا وقع الاختلاف في المنفعة فانه يبدا فيها بيمين الموجر فيلزم ما ذكر ان يغير فيها حكم النص وان لا يعدى حكم الاصل بعينه فان حكمه ان يبدا بيمين المشتري من غير فصل بين ان يقع الاختلاف في البدل او ان يقع في المبدل على ما عرف ثم ان التحقيق ان حكم النص مجرد ثبوت التحالف للمتعاقدين عند اختلافهما في العقد من غير تعيين من يبدا بيمينه منهما وانما يستفاد ذلك من دليل آخر فلا يلزم تغيير النص في شيء من الصورتين ولا يتم الجواب وان وقع اي الاختلاف في المنفعة بدئ بيمين الموجر لانه منكر لزيادة المنفعة وايهما نكل لزم دعوى صاحبه لان نكوله بذل او اقرار على ما عرف وايهما اقام البينة قبلت لانه نور دعواه بالحجة ولو اقاماها اي البينة فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة لان بينته تثبت الزيادة وان كان اي الاختلاف في المنافع فبينة المستاجر اي فبينة المستاجر اولى لانها تثبت الزيادة وان كان فيهما اي ان كان الاختلاف في الاجرة والمنافع معا قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا اي الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة لا يقال كان الاحسن ان يقدم ذكر احوال اقامة البينة على ذكر احوال اليمين والنكول لان المصير الى اليمين بعد العجز عن اقامة البينة والنكول فرع تكليف اليمين وقد عكس المص الامر لانا نقول العمدة في هذا الباب بيان امر التحالف وباقي الاقسام استطرادي فقدم الاهم في المقام فكان صاحب العناية لم ينتبه لهذه النكتة حيث غير اسلوب المص فقدم ذكر احوال اقامة البينة قال اي القدوري في مختصره وان اختلفا بعد الاستيفاء اي بعد استيفاء المعقود عليه بتمامه لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا اي عدم التحالف ههنا عند ابي حنيفة رحمه وابي يوسف رحمه ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وقد هلك المعقود عليه ههنا بعد الاستيفاء لان المنفعة وهي عرض والعرض لا يبقى زمانين وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في المبيع لما ان له اي للمبيع قيمة تقوم مقامه لان العين متقومة بنفسها فكانت القيمة قائمة مقامها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد بناء على ان فائدة التحالف هي الفسخ فلا قيمة اي للمعقود عليه لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد اي بل تتقوم بالعقد وتبين انه لا عقد اي وتبين بحلفهما لانفساخه من الاصل فظهر انه لا قيمة للمنفعة واذا كان كذلك كان المبيع غير قائم ولا الذي يقوم مقامه فامتنع التحالف واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه اي هو الذي استحق عليه ومتى وقع الاختلاف في الاستحقاق كان القول

قول

قول المستحق عليه كذا في الكافي واذا اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان القول في الماضي قول المستاجر هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص في تعليله لان العقد اي عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فيصير في العقد في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها اي على كل جزء من المنفعة فصار ما بقي من المنافع كالمنفرد بالعقد فكان الاختلاف بالنسبة اليه قبل استيفاء المعقود عليه وفيه التحالف واما الماضي فالقول فيه قول المستاجر لان المنافع الماضية هالكة فكان الاختلاف بالنسبة اليها بعد الاستيفاء ولا تحالف فيه والقول قول المستاجر بالاتفاق كما مر آنفا بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل ضرورة قال اي القدوري في مختصره فاذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي ح رحمه والقول للعبد مع يمينه كذا في الكافي وغيره وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه اي على المولى عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا اي المتبايعان في الثمن ولابي حنيفة ان البدل اي بدل الكتابة مقابل بفك الحجر لان الكتابة عقد معاوضة وقد وجب بدل الكتابة على العبد فيجب ان يثبت للعبد ايضا شيء وما ذاك الا فك الحجر في حق اليد والتصرف للحال اللازم في الحال متعلق بمقابل اي مقابل للحال وهو اي فك الحجر في حق اليد والتصرف سالم للعبد لاتفاق العبد والمولى على ثبوت الكتابة وانما ينقلب اي البدل مقابلا بالعتق عند الاداء اي عند اداء المكاتب بدل الكتابة بتمامه فقبله اي قبل الاداء لا مقابلة اي لا مقابلة بالعتق ولا عتق قبل الاداء وليس كذلك قطعا وكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم ينتقل ههنا الى المنفعة وهي المطلوبة اخرا فكذا في الكتابة جعلنا الفك في حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء جعلنا العتق اصلا وانتقل فك الحجر الى العتق كذا في النهاية والكفاية فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير يعني اذا كان ما يقابل البدل في الحال سالما للعبد فقد بقي امرهما اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان لان العبد لا يدعي شيئا على المولى بل هو منكر لما يدعيه المولى من الزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان اقام احدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان اقاما البينة كانت بينة المولى اولى لانها تثبت الزيادة الا انه اذا ادعى قدرا واقام البينة يحكم بعتق لانه اثبت الحرية لنفسه عند اداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على الف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمنع ان يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرناه وكالو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين قال اي القدوري في مختصره واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل اي مع اليمين وكذا في جانب المراة كذا في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الامام قاضي خان والامام التمرتاشي كالعمامة والقلنسوة والقباء والكتب والقوس والدرع والمنطقة

ونحوها لان الظاهر شاهد له وفي الدعاوي القول قول من يشهد له الظاهر وما يصلح للنساء فهو للمراة
كالوقاية والدرع والخمار والمحقة والملاءة ونحوها لشهادة الظاهر لها قال الامام التمرتاشي الا اذا
كان الرجل صائغا وله اساور وخواتيم النساء والحلي والخلخال وامثال ذلك ح لا يكون مثل هذا الاشيا
لها وكذلك اذا كانت المراة تبيع ثياب الرجال كذا في الشروح وما يصلح لهما كالانية والذهب والفضة
والامتعة والعقار ونحوها فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج لانه قوام عليها والسكنى
يضاف اليه والقول في الدعاوي لصاحب اليد الا يرى انه اذا تنازع اثنان في شيء وهو في يد احدهما
كان القول قوله كذا هنا بخلاف ما يختص بها اي بالنساء لانه يعارضه اي يعارض ظاهر الزوج باليد
ظاهر اقوى منه وهو يد الاختصاص بالاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين اختلفا في ثوب احدهما
لابسه والاخر متعلق بكمه فان للابس اولى كذا في الكافي وغيره قال صاحب العناية وينتقض هذا
بما اذا اختلف العطار والاسكاف في آلات الاساكفة والعطارين وهي في ايديهما فانها تكون بينهما
نصفين عند علمائنا ولم يترجح بالاختصاص لان المراد به ما هو بالاستعمال ولم نشاهد استعمال الا
ساكفة والعطارين وشاهدنا كون هذه الالات في ايديهما على السواء فجعلناها نصفين انتهى اقول
فيه كلام وهو ان منتقض هذا الفرق لو فهم كون استعمال الزوج والمراة مشاهدا فيما نحن فيه مع ان
الظاهر مما ذكر في هذا الكتاب وفي سائر المعتبرات ان مجرد الصلاحية لاحدهما كاف في الترجيح وان
لم نشاهد استعماله ولا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد ما وقعت الفرقة
اي لا فرق بينهما فيما مر من الجواب ثم ان ما ذكر حكم الاختلاف قبل موت احدهما فان مات احدهما واختلف
ورثته مع الاخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما ايهما كان لان اليد للحي دون الميت اي لا يد
للميت وهذا الذي ذكرناه يعني من حيث الجملة لا من حيث التفصيل قول ابي حنيفة لان المذكور من حيث التفصيل
ليس قوله خاصة فان كون ما يصلح للرجال فهو للرجل وما يصلح للنساء فهو للمراة بالاجماع فلا اختصاص له
بذلك كذا في العناية وقال ابو يوسف تدفع الى المراة ما يجهز به مثلها وهذا الذي ذكره ابو يوسف
في المشكل واما فيما يختص بكل واحد من الزوجين فقوله كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها هكذا ذكر في المبسوط
وشروح الجامع الصغير وفي لفظ الكتاب نوع تخليط حيث لم يذكر قول ابي يوسف هنا فيما ذكر قولهما
في حق المشكل وكان من حقه ان يقول وما يصلح لهما كالانية فهو للرجل وابو يوسف يدفع الى المراة ما يجهز
به مثلها كذا في النهاية ومعراج الدراية والباقي اي من المشكل للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة
تاتي بالجهاز تعليل لقوله يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها وهذا اقوى اي هذا الظاهر وهو ان المراة
تاتي بالجهاز ظاهر اقوى بجريان العادة بذلك فيبطل به ظاهر الزوج وهو يده ثم في الباقي لا معارض
لظاهره اي لظاهر الزوج فيعتبر وقوله ثم في الباقي الى هنا تعليل لقوله والباقي للزوج مع يمينه

والطلاق والموت سواء اي عند ابي يوسف لقيام الورثة مقام المورث وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما
كان للنساء فهو للمراة وما كان لهما فهو للرجل اي ان كان حيا او لورثته اي ان كان ميتا لما قلنا لابي حنيفة
من الدليل وهو ان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول لصاحب اليد وهذا بالنسبة الى الحيوة واما
بالنسبة الى الممات فقوله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وذكر في الفوائد محمد يقول
ورثة الزوج يقومون مقام الزوج لانهم خلفاؤه في ماله فكان في المشكل القول قوله في حيوته فكذلك بعد
مماته كان القول قول ورثته وابو حنيفة يقول يد الباقي منهما الى المتاع اسبق لان الوارث انما يثبت
يده بعد موت المورث وكما يقع الترجيح وسيجيء فيما نحن فيه بقوة اليد نظرا الى صلاحية الاستعمال فكذا
يقع الترجيح بسبق اليد ولان يد الباقي منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فهذا نوع من
الترجيح فكان المشكل للباقي منهما كذا في النهاية ومعراج الدراية واذا كان احدهما اي احد الزوجين
مملوكا اي سواء كان محجورا او ماذونا له او مكاتبا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى لكونه
يد نفسه من كل وجه ويد المملوك لغيره من وجه وهو المولى والاقوى اولى ولهذا قلنا في الحربي فما يصلح
للرجال فهو للرجل لقوة يده فيه وما يصلح للنساء فهو للمراة لذلك كذا في العناية وللحي بعد الممات اي المتاع
للحي بعد الممات حرا كان الميت او مملوكا هكذا وقع عامة نسخ شروح الجامع الصغير وقال الامام فخر
الاسلام وشمس الائمة وللحر بعد الممات ثم قال شمس الائمة وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو
كذا في الشروح واختار المصنف مختار العامة واستدل عليه بقوله لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض
فكان المتاع له وهذا اي ما ذكر من جواب المسئلة بلا فصل بين العبد المحجور والعبد المأذون والمكاتب
عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات
ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما قضي به بينهما لاستوائهما في اليد ولو كان في يد ثالث
واقاما البينة استويا فيه فكما لا يترجح الحر بالحرية في سائر الخصومات فكذا في متاع البيت والجواب
ان اليد على متاع البيت باعتبار السكنى فيه والحر في السكنى اصل دون المملوك فلا تعارض بينهما كذا
في العناية

فصل فيمن لا يكون خصما لما ذكر احكام من يكون خصما شرع في بيان من لا
يكون خصما للمناسبة المضادة بينهما وقدم الاول لكونه ذكر العمدة في المقام لان الكتاب كتاب
الدعوى وهي عبارة عن الخصومة واما ذكر الثاني فليتضح به الاول اذ الاشياء تتبين باضدادها
فان قيل الفصل مشتمل على ذكر من يكون خصما ايضا قلنا نعم لكن من حيث الفرق لا من حيث القصد الاصلي
وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة
على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي هذا لفظ القدوري يعني اذا ادعى رجل عينا في يد رجل انه ملكه فقال
المدعى عليه الذي هو ذو اليد هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب ورهنه عندي او غصبته منه او قام

على ذلك البينة فلا خصومة بينه وبين المدعي قال المص وكذا اذا قال آجرنيه وأقام البينة اي اذا قال المدعى عليه آجرنيه فلان الغائب واقام على ذلك بينة فلا خصومة بينه وبين المدعي ايضا وقال في النهاية وكذا اذا قال المدعى عليه انه عارية عندي او ما اشبه ذلك كذا في الذخيرة انتهى لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة تعليل لمجموع المسائل المذكورة يعني ان المدعى عليه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وكل من كان كذلك فهو ليس بخصم قال الامام الزيلعي في التبيين بعد ذكر الدليل فصار كما اقر المدعي بذلك او اثبت ذو اليد اقراره به ثم قال والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لا تندفع اي الخصومة وان اقام البينة على ما قال لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصم عنه اي عن الغائب لم يوكله باثبات الملك له يعني ان ذا اليد اثبات ببينة الملك للغائب بدون خصم عنه متعذر اذ لا ولاية لاحد في ادخال الشيء في ملك غيره بلا رضاه ودفع الخصومة بناء عليه اي على اثبات الملك للغائب والبناء على المتعذر متعذر قلنا اي في الجواب عما قاله ابن شبرمة مقتضى البينة شيئان احدهما ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت وثانيهما دفع خصومة المدعي وهو اي المدعى عليه خصم فيه فيثبت اي فيثبت دفع الخصومة في حقه وبناء الثاني على الاول ممنوع لا نفكاكه عنه وقد اشار اليه بقوله وهو كالوكيل بنقل المرأة اي الى زوجها و اقامتها عطف على الوكيل اي وكاقامة المرأة البينة على الطلاق يعني ان ما نحن فيه نظيرها اذا وكل رجل وكيلا بنقل امرأته اليه فاقامت المرأة البينة ان الزوج طلقها فان بينتها تقبل لقصر يد الوكيل عنها ولا تقبل في وقوع الطلاق ما لم يحضر الغائب كما بيناه من قبل اي في باب الوكالة بالخصومة والقبض وكذا فيما نحن فيه تقبل البينة لدفع خصومة المدعي عن المدعى عليه ولا تقبل في اثبات الملك للغائب وهذا لان مقصود المدعى عليه باقامة البينة ليس اثبات الملك للغائب انما مقصوده بها اثبات ان يده يد حفظ لا يد خصومة وفي هذا المدعي خصم له فيجعل اقامته تلك عليه بمنزلة اقرار خصمه بذلك ولا تندفع اي الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى فانه قال باندفاعها لمجرد اقرار المدعى عليه للغائب بدون اقامة البينة وجه قوله ان ذا اليد اقر بالملك لغيره والاقرار يوجب الحق بنفسه لخلوه عن التهمة فتبين ان يده يد حفظ فلا حاجة الى البينة ووجه الجواب عنه ما ذكره المص بقوله لانه اي ذا اليد صار خصما بظاهر يده ولهذا كان للقاضي احضاره وتكليفه للجواب فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا على نفسه فهو متهم في اقراره فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته الى ذمة غيره بالحوالة فانه لا يصدق هناك فكذا هنا الا انه يلزم اثبات اقراره نفسه ببينة وهو غير معهود في الشرع لانا نقول البينة لاثبات اليد الحافظة التي انكرها المدعي لا لاثبات الاقرار كذا في العناية واستشكل بعض الفضلاء قوله في السؤال وغير معهود في الشرع حيث قال وقد سبق في اول كتاب الدعوى ان اليد لا تثبت في العقار الا بالبينة ولا يعتبر اقرار المدعى عليه باليد انتهى اقول هذا ليس بشيء اذ ليس مراد صاحب العناية ان عدم اعتبار اقرار المدعى عليه لم يعهد في الشرع كيف ولا يخفى على مثله ان عدم اعتبار ذلك كثير في المسائل الشرعية لعلل شتى كعدم اعتبار اقرار المريض للوارث وعدم اعتبار اقراره بعين في يده لآخر في حق

غرماء

غرمآء الصحة وكعدم اعتبار اقرار الرجل بنسب من غير الوالدين كالاخ والعم وكعدم اعتبار اقرار المرأة بالولد ايضا الى غير ذلك وانما مراده ان اثبات اقرار نفسه بالبينة لم يعهد في الشرع وليس فيما ذكر من صورة دعوى العقار اثبات المقر اقرار نفسه بالبينة لان اثبات اليد بالبينة في دعوى العقار انما يجب على المدعي لا على المدعى عليه الذي هو المقر وقال ابو يوسف اذا كان الرجل صالحا فالجواب اي جواب المسئلة كما قلنا اي يندفع عنه الخصومة باقامة البينة وان كان معروفا بالحيل لا يندفع عنه الخصومة وان اقام البينة كما قال ابن شبرمة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله مستترا الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود علانية فيحتال لابطال حق غيره اي يكون مقصوده من ذلك الاضرار بالمدعي ليتعذر عليه اثبات حقه بالبينة فاذا اتهمه القاضي به اي بالاحتيال لا يقبله اي لا يقبل ما صنعه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ما ذهب اليه ابو يوسف استحسان ذهب اليه بعدما ابتلي بالقضاء لانه مارس القضاء فوقف على احوال الناس ما لم يعرفه غيره وما قالا قياس لان البينات حجج متى قامت يجب العمل بها ولا يجوز ابطالها بمجرد الوهم كذا في غاية البيان واعلم ان هذا الاختلاف انما يكون اذا كانت العين قائمة في يد المدعى عليه والى ذلك اشار بقوله هذا الشيء او دعنيه فان الاشارة الحسية لا تكون الا الى موجود في الخارج واما اذا هلكت فلا تندفع الخصومة وان اقام البينة لانه اذا كانت قائمة فذو اليد ينتصب خصما بظاهر اليد لانه دليل الملك الا انه يحتمل غيره فيندفع عنه الخصومة بالحجة الدالة على المحتمل واما اذا هلكت فالدعوى تقع في الدين ومحله الذمة فالمدعى عليه ينتصب خصما للمدعي بذمته وبما اقام المدعى عليه من البينة على ان العين كانت في يده وديعة لا يتبين ان في ذمته كانت لغيره فلا تتحول عنه الخصومة كذا في العناية وكثير من الشروح ثم ان الذي ذكر في الكتاب اذا قال الشهود اودعه رجل نعرفه باسمه ونسبه ووجهه ولو قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه اي اصلا لا باسمه ولا بنسبه ولا بوجهه لا تندفع الخصومة اي بالاجماع كذا في الكافي والشروح والظاهر ان مرادهم بالاجماع هنا اجماع ائمتنا الثلثة اي اجماع ما عدا ابن ابي ليلى فان شهادة الشهود ليست بشرط عنده في اندفاع الخصومة كما مر قال المص في تعليل المسئلة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي حيث لم يعرفوه ولانه اي ذا اليد ما احاله اي ما احال المدعي الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت اي الخصومة لتضرر به المدعي اقول في تعليل الثاني قصور اما من حيث اللفظ فلانه اضمر فيه المدعي اولا حيث قال ما احاله واظهره ثانيا حيث قال يمكن للمدعي اتباعه ولا يخفى على من له معرفة باساليب الكلام سماجة ذلك وكون الوجه انما هو العكس واما الاضمار في المقامين واما من حيث المعنى فلانه جعله دليلا مستقلا على المسئلة الاجماعية مع انه منقوض على قول ابي حنيفة وابي يوسف بالمسئلة الاتية وهي ما لو قال الشهود نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فان الحكم المذكور يتخلف عنه هناك عندهما كما سيظهر وكان الامام الزيلعي تنبه لهذا فجعل الدليلين دليلا واحدا حيث قال في تعليل هذه المسئلة في التبيين لانهم ما احالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل فلو اندفعت لبطل حقه انتهى ثم ان الظاهر كان

[illegible]

ان يقول المعوان ايضا لانهم ما احالوه بدل قوله لانه ما احاله في ان المسئلة في ان لا يعرفه الشهود لا في ان لا يعرفه
ذو اليد كما لا يخفى وتوجيه ما قاله المعوان شهادة الشهود لما كانت لاجل ذي اليد نسبحا لهم اليه ويحتمل ان يكون الضمير
البارز في قوله لانه والضمير المستتر في قوله ما احاله راجعين الى الشهود بتاويل من شهد ولو قالوا اي الشهود نعرفه اي
الرجل الذي اودعه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب اي جواب المسئلة عند محمد رح للوجه الثاني وهو قوله
ولانه ما احاله على معين الخ فصار بمنزلة ما لو قالوا اودعه رجل لا نعرفه وهذا لان المعرفة بالوجه ليست بمعرفة
على ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرجل اتعرف فلانا قال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال
اذا لا تعرفه ومن حلف لا يعرف فلانا وهو يعرف وجهه ولا يعرف اسمه ونسبه لا يحنث كذا في الكافي وفي الشروح وعند
ابي حنيفة تندفع لانه اي المدعى عليه اثبت ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره اي غير المدعي حيث عرفه الشهود
بوجهه فحصل العلم بيقين ان المودع غير هذا المدعي بخلاف الفصل الاول وهو ما قال الشهود اودعه رجل لا نعرفه
اصلا فلم يكن يده اي لم يكن يد المدعى عليه في الفصل الثاني يد خصومة لعدم كونها يد ملك بل يد حفظ وهو المقصود
اي ان لا يكون يده يد خصومة بل يد حفظ هو المقصود وقد افادته الشهادة والحديث المار يدل على نفي المعرفة
التامة وليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي تعريفا تاما انما عليه ان يثبت انه ليس بخصم وقد اثبت والمدعي
هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه واخر شهوده اي شهود المدعى عليه وهو ذو اليد وهذا جواب عن قول محمد
فلو اندفعت الخصومة لتضرر به المدعي ووجهه ان الضرر اللاحق بالمدعي انما لحقه من جهة نفسه حيث نسي خصمه
او من جهة شهود المدعى عليه لا من جهة ذي اليد وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى اي هذه المسئلة من بين
مسائل الدعوى تسمى مخمسة كتاب الدعوى اما لان فيها خمسة اقوال كما اشار اليه بقوله وقد ذكرنا الاقوال الخمسة
وهي قول ابن شبرمة وقول ابن ابي ليلى وقول ابي يوسف وقول محمد وقول ابي حنيفة رحمهم الله واما لان فيها خمس
صور وهي الايداع والاعارة والاجارة والرهن والغصب كما ذكرناه ايضا وان قال ابتعته من الغائب فهو
خصم هذا لفظ القدوري يعني اذا قال المدعى عليه اشتريت هذا الشيء من الغائب فهو خصم للمدعي لانه اي المدعى عليه
لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما كما لو ادعى ملكا مطلقا وان قال المدعي غصبته مني اي غصبت هذا الشيء
مني او سرقته لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة على الوديعة لانه اي لان ذا اليد انما صار خصما بدعوى
الفعل عليه اي بدعوى المدعي الفعل وهو الغصب والسرقة على ذي اليد لا بيده اعلم بيقين ان ذا اليد في دعوى الفعل خصما
بيده ثم ان فعل ذي اليد لا يتردد بين ان يكون له ولغيره حتى يقال انه اثبت بالبينة ان فعله فعل غيره بل فعله
مقصور عليه بخلاف دعوى الملك المطلق لانه اي ذا اليد خصم فيه اي في دعوى الملك المطلق بتاويل الادعاء باعتبار
يده حتى لا يصح دعواه اي دعوى الملك المطلق على غير ذي اليد ويده مترددة بين ان يكون له فيكون خصما وبين ان يكون
لغيره فلا يكون خصما وباقامة البينة اثبت ان يده لغيره فلا يكون خصما ويصح دعوى الفعل اي يصح دعوى الفعل
على غير ذي اليد كما يصح دعواه على ذي اليد وان قال المدعي سرق مني اي ان قال المدعي سرق مني هذا الشيء على صيغة المجهول

وقال

وقال صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة اي على ان فلانا اودعه اياه لم تندفع الخصومة هذا ايضا لفظ
القدوري قال المص هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع اي الخصومة وهو القياس لانه
اي المدعي لم يدع الفعل عليه اي على ذي اليد فصار كما اذا قال المدعي غصب مني على ما لم يسم فاعله يعني ان التجهيل
افسد دعوى السرقة فبقي دعوى الملك فيندفع الخصومة باثبات الوديعة كما لو جهل الغصب وقال غصب مني
على ما لم يسم فاعله واقام ذو اليد البينة على الوديعة من آخر فانه تندفع الخصومة هناك فكذا هنا كذا في
غاية البيان ولهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان ذكر الفعل وهو السرقة يستدعي الفاعل لا محالة
لان الفعل بدون الفاعل لا يتصور والظاهر انه اي الفاعل هو الذي في يده الا انه اي المدعي لم يعينه
اي لم يعين الفاعل درءا للحد شفقة عليه اي على ذي اليد واقامة لحسبة الستر لاجل الستر تم كلام صاحب العناية
فان قيل اذا لم تندفع الخصومة فيما يقضى بالعين عليه وفي ذلك جعله سارقا فما وجه الدرء اجيب بانه قد جعل
اذا جعل خصما وقضى عليه بتسليم العين الى المدعي ان ظهر سرقته بعد ذلك بيقين لم تقطع يده لظهور سرقته
بعد وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعل سارقا اندفع الخصومة عنه ولم تقض بالعين للمدعي فمتى
ظهرت سرقته بعد ذلك بيقين قطعت يده لظهورها قبل ان يصل العين الى المالك فكان في جعله
سارقا احتيال للدرء انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب نظر اما في السؤال فلانه ان اراد
بقوله وفي ذلك جعله سارقا ان في ذلك الحكم عليه بموجب السرقة وهو القطع فهو ممنوع وانما هو
عند تعيين كون السارق وان اراد به ان في ذلك مجرد جعله خصما في دعوى كون ذلك الشيء مسروقا
من المدعي فهو مسلم لكن لا وجه لقوله فما وجه الدرء اذ وجهه ح ظاهر وهو سقوط القطع بعدم
التعيين لشبهة كون السارق غيره واما في الجواب فلان مقتضاه ان جعل ذي اليد خصما والقضاء
عليه بتسليم العين الى المدعي في مسئلتنا هذه انما كان لاجل الاحتيال للدرء الحد والاحتيال
للدرء انما نشأ من قبل الشرع لا من قبل المدعي وهذا مع كونه مخالفا لمقتضى الدليل المذكور في الكتاب
كما ترى غير تام في نفسه لان ظهور سرقة ذي اليد بعد ذلك بيقين امر موهوم وخروج العين
المدعاة من يده على تقدير القضاء عليه بها امر محقق فكيف يرتكب الضرر المحقق لدفع الضرر الموهوم سيما
اذا اعترف بانها ملك الغير وديعة عنده فان اتلاف مال احد لدفع ضرر موهوم عن آخر غير معهود في
الشرع فصار اي فصار ما اذا قال سرق بصيغة المجهول كما اذا قال سرقت بالبقين والخطاب
بخلاف الغصب اي بخلاف ما اذا قال غصب مني بصيغة المجهول حيث تندفع الخصومة باثبات
الوديعة بالاتفاق لانه لا حد فيه اي في الغصب فلا يحترز عن كشفه فلم يكن المدعي معذورا في التجهيل
ولو قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك اي فلان الذي قال
المدعي ابتعته منه اسقط الخصومة اي اسقط صاحب اليد الخصومة عن نفسه بغير بينة هذا لفظ

وقد وقع التقادر نبيه على بعض الفضلاء
في [illegible] ورده على السؤال الاول [illegible]
لكنه في [illegible] قبل اذا ادعى كتبه
[illegible] النفعا [illegible]
في الجواب [illegible]

القدوري قال المص لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه اي في الشي المدعى لغيره اي لغير صاحب اليد فيكون
وصولها اي وصول العين المدعاة وكان المطابق للضمائر السابقة ان يقول المص فيكون وصوله كما قاله
صاحب العناية ولكن لعل انه قصد التفنن في العبارة الى ذي اليد من جهته اي من جهة الغير فلم يكن بيده
خصومة الا ان يقيم اي المدعى البينة ان فلانا اي فلانا المذكور وكله بقبضه اي بقبض الشي المدعى
لان اي المدعى اثبت ببينته كونه احق بامساكها اي بامساك العين المدعاة كانه قصد التفنن هنا ايضا
حيث قال اولا بقبضه بالتذكير وثانيا بامساكها بالتانيث

باب ما يدعيه الرجلان

لما ذكر حكم دعوى الواحد شرع في ذكر دعوى الاثنين لان الاثنين بعد الواحد قال اي القدوري
في مختصره واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها اي العين له واقاما البينة اي على
ما ادعاه قضي بها بينهما اي نصفين وانما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما لو تنازعا في
نكاح امرأة واقام كل واحد منهما بينة على انها امراته لم يقض لواحد منهما بالاتفاق وفي دعوى
الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد واقاما بينة فبينة الخارج اولى
عندنا وفي احد قولي الشافعي تهاترت البينات ويكون المدعى لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ترك
لا قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى به لذي اليد قضاء ملك وفي الملك المطلق
لان في المقيد بالسبب المعين او بالتاريخ تفصيلا وخلافا كما سيجيء ان شاء الله وقال الشافعي
اي في المسئلة التي نحن فيها في قول تهاترتا اي البينتان اي تساقطتا وبطلتا ماخوذ من الهتر
بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه كذا في المغرب وفي قول يقرع بينهما اي بين المدعيين و
يقضى لمن خرجت قرعته لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة الملكين في الكل اي في كل العين
في حالة واحدة وقد تعذر التمييز اي بين الصادقة منهما والكاذبة فيمتنع العمل بهما فتهاترتا كما لو شهد
شاهدان انه طلق امراته يوم النحر بمكة وآخران انه اعتق عبده بالكوفة في ذلك اليوم وهذا لان
تهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة فالتفنن براوي الحكم في النهاية والكفاية او يصار الى القرعة
لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما روى سعيد بن المسيب ان رجلين
تنازعا في امة بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقاما البينة فاقرع رسول الله صلى الله
عليه وسلم بينهما فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولنا حديث
تميم بن طرفة الطائي ورواية عن ابي موسى الاشعري رضي الله عنه ذكره ابو داود ان رجلين اختصما
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين
وعن ابي الدرداء رضي الله عنه ان رجلين اختصما بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء
واقاما البينة فقال ما احوجكما الى سلسلة كسلسلة بني اسرائيل كان داود عليه السلام اذا جلس

لفصل

لفصل القضاء نزلت سلسلة من السماء بعنق الظالم ثم قضى به رسولنا صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين وحديث
القرعة كان في الابتداء ثم نسخ هذا جواب عن حديث القرعة يعني انه كان في الابتداء وقت اباحة القمار ثم
انتسخ بحرمة القمار لان تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء فكما ان تعليق الاستحقاق بخروج
القرعة قمار فكذلك تعيين المستحق بخلاف قسمة المال المشترك لان للقاضي هناك ولاية التعيين من
غير قرعة وانما تقرع تطييبا للقلوب ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار كذا في الكافي
والشروح ولان المطلق بكسر اللام اي المجوز للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بفتح الميم بان يعتمد
احدهما سبب الملك كالشراء والآخر اليد فصحت الشهادتان قال صاحب العناية في حل هذا المقام ولا نسلم كذب
احدهما بيقين لان المطلق للشادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود فان صحة اداء الشهادة لا تعتمد
وجود الملك حقيقة لان ذلك غيب لا يطلع عليه العباد فجاز ان يكون احدهما اعتمد سبب الملك بان رآه يشتري
فشهد على ذلك والآخر اعتمد اليد فشهد على ذلك فكانت الشهادتان صحيحتين انتهى اقول الظاهر من تقريره
انه قد حمل قول المص ولان المطلق للشهادة الخ على منع قول الشافعي ان احدى البينتين كاذبة بيقين
فيرد عليه انه لا مجال لمنع ذلك على ما ذهب اليه جمهور المحققين من ان معنى الخبر مطابقته للواقع ومعنى كذبه عدم
مطابقته له اذ لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة ضرورية فكذب احديهما اي عدم
مطابقتها للواقع متيقن بلا ريب وما ذكره في معرض السند للمنع لا يجدي طائلا في دفع هذا كما لا يخفى
والوجه عندي ان لا يكون مراد المص بقوله المذكور منع قول الشافعي ذلك بل ان يكون مراده به القول
بالموجب اي اثبات مدعانا مع التزام ما قاله الخصم وتقريره ان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما
محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد وكل شهادة لها مطلق كذلك فهي صحيحة سواء
طابقت الواقع او لم تطابقه لان صحة الشهادة لا تعتمد تحقق المشهود به في الواقع فان ذلك غيب
لا يطلع عليه العباد بل انما تعتمد ظاهر الحال فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن لان البينات
حجج الله تعالى والعمل بها واجب بما امكن وقد امكن هنا بالتنصيف اذ المحل يقبله اي يقبل التنصيف وانما
ينصف لاستوائهما اي لاستواء المدعيين في سبب الاستحقاق وهو الشهادة فحاصل كلام المص
هنا على وجهنا ان مدار العمل بالشهادتين صحتهما لا صدقهما فانه مما لا يطلع عليه العباد وان وجه
صحتهما ما ذكر يرشد اليه انه قال في التفريع فصحت الشهادتان ولم يقل فصدقت الشهادتان
ثم ان بعض الفضلاء اعترض على قول صاحب العناية ولا نسلم كذب احديهما بيقين واجاب عنه حيث قال
فيه بحث فان الكذب هو عدم مطابقة الحكم للواقع وعدم مطابقة كلام احديهما للنفس الامر من اجلى
الواضحات فكيف يمنع وليس فيما ذكره في معرض السند ما يدفع ذلك كما لا يخفى والجواب ان المانع عن قبول
الشهادة هو كذبها شرعا وهو مفقود هنا والا لزم اجتماع اطلاق الشهادة وتكذيبها شرعا فالذي

لا يسلم الشارح هو الكذب الشرعي فليتأمل انتهى اقول في الجواب بحث اذ الظاهر ان مراده بكذبها
شرعا عدم مطابقتها للاعتقاد لانه هو الذي يمكن ان يراد بلفظ الكذب ههنا بعد ان لا يكون المراد به عدم
مطابقة الحكم للواقع ولكنه ليس بوجيه لان كون صدق الخبر مطابقته لاعتقاد المخبر وكذبه عدم مطابقته
لاعتقاده مذهب النظام ومن تابعه وقد ابطله المحققون باجماع المسلمين على تصديق اليهودي في قوله
الاسلام حق مع مخالفته لاعتقاده وتكذيبه في قوله الاسلام باطل مع مطابقته لاعتقاده
فكيف يحمل الكذب الشرعي على مثل هذا المذهب الزيف ويجعل مبنى الاستدلال لائمتنا في هذه المسئلة
وايضا لو لم يكن الكذب الشرعي عدم المطابقة للواقع بل كان عدم المطابقة للاعتقاد لما كان
لما ورد في قواعد الشرع من انه تعمد الكذب ولم يتعين معنى لان الكذب بمعنى عدم المطابقة للاعتقاد
لا يتصور بدون التعمد وايضا لا يندفع ما قال الشافعي بمنع كذب احدى البينتين بيقين بمعنى
عدم المطابقة للاعتقاد اذ يكفي له كذب احديهما بيقين بمعنى عدم المطابقة للواقع فان التزم جواز
العمل بهما عند تيقن عدم مطابقة احديهما للواقع فلم لا يلتزم جواز العمل بهما عند تيقن كذب احديهما
بمعنى عدم المطابقة للواقع والفرق لمجرد اطلاق لفظ الكذب وعدم اطلاقه لا يؤثر في تحقيق معنى المسئلة
فانما هو اعتبار لفظي فلا ينبغي ان يترك به القول المعول عليه في معنى الصدق والكذب ثم ان قوله والا لزم
اجتماع الطلاق والشهادة وتكذيبها شرعا ان اراد به انه يلزم اجتماع الطلاق كل واحدة من الشهادتين
وتكذيبها بعينه فممنوع وان اراد به انه يلزم اجتماع اطلاق كل واحدة منهما وتكذيب احديهما لا بعينها فمسلم
لكن لا نم المحذور فيه اذ الكذب بالنسبة الى كل واحدة منهما بعينها كان محتملا لا محققا فتامل قال
اي القدوري في مختصره فان ادعى كل واحد منهما اي من الرجلين نكاح امراة واقاما بينة لم يقض بواحدة
من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك ويرجع الى تصديق المراة لاحدهما لان النكاح
مما يحكم به بتصادق الزوجين وحكي عن ركن الاسلام علي السغدي انه لا يترجح احدهما الا باحد معان ثلث
احدها اقرار المراة والثانية كونها في يد احدهما والثالثة دخول احدهما بها الا ان يقيم الاخر البينة ان
نكاحه اسبق كذا في الشروح نقلا عن الخلاصة قال المص هذا اي الحكم المذكور اذا لم يؤقت البينتان
واما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى لما فيه من زيادة الاثبات كذا في الكافي قال صاحب العناية ولقائل
ان يقول قوله فصاحب الوقت الاول اولى ليس بجلي لانه انما يكون اولى اذا كان الثاني بعد مدة لا تحتمل
انقضاء العدة فيها اما اذا احتملت ذلك فيستويان لجواز ان الاول طلقها وتزوج بها الثاني والجواب
ان ذلك انما يعتبر اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول وليس الكلام في ذلك وايضا قد ذكرنا آنفا
ان الثابت بالبينة كالثابت عيانا ولو عاينا تقدم الاول حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة انتهى اقول
في الجواب الاول نظر لانه اذا كان دعوى النكاح بعد طلاق الاول واقيم البينة عليها كان صاحب الوقت

الثاني

الثاني اولى قطعا وليس مدار السوال على دعوى اولوية الثاني بل على منع اولوية الاول وهذا المنع
لا يتوقف على كون دعوى النكاح بعد طلاق الاول بل يتوجه ايضا على تقدير دعوى النكاح مطلقا اي
من غير تقييد بكونه بعد طلاق الاول فيما اذا احتملت المدة التي بين الوقتين انقضاء العدة لجواز
ان الاول طلقها وانقضت عدتها فتزوج بها الثاني كما ذكر في السوال فلم يثبت الاولوية في الاول
مطلقا واما الجواب الثاني فهو وان كان صحيحا في نفسه الا ان فيه نوع احتياج الى بيان لمية الحكم
بالاول فيما عايناه تقدمه ايضا مع الاحتمال المذكور فالاحسن ههنا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان
قلت امكن العمل بالبينتين بتخلل الطلاق قلت لا يمكن لان النكاح الثاني يحتمل ان يكون بعد الطلاق
ويحتمل ان يكون مع بقاء الطلاق فلا يبطل النكاح الثابت للاول بالشك ولا يقال يحمل امرهما
على الصلاح لان هذا انما يعتبر في الدفع لا في ابطال حق الغير وهنا الحاجة الى الابطال انتهى وان
اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امراته لتصادقهما فان اقام الاخر البينة قضى بها لان البينة اقوى
من الاقرار اذ البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة وذكر في نكاح المبسوط ولو تنازع رجلان في امراة
كل واحد منهما يدعي انها امراته وتقيم البينة فان كانت في بيت احدهما او كان دخل بها فهي امراته لان
البينتين اذا تعارضتا على العقد ترجح احديهما بالقبض كما لو ادعى رجلان تلقي الملك في عين من ثالث بالشراء
واحدهما قابض لها واقاما البينة كان بينة صاحب اليد اولى ولان فعل المسلم محمول على الصحة والحل
ما امكن والامكان ثابت هنا بان يجعل نكاح الذي دخل بها ثابتا حين دخل وهذا لان تمكنه من الدخول
بها او من نقلها الى بيته دليل سبق عقده ودليل التاريخ كالتصريح بالتاريخ الا ان يقيم الاخر البينة انه
تزوجها قبله فح سقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق وان لم يكن في يد احدهما فايهما
اقام البينة انه اول فهو احق بها لان شهوده شهدوا بسبق التاريخ في عقده والثابت بالبينة
كالثابت بالمعاينة او باقرار الخصم وان لم يكن لهما على ذلك بينة فايهما اقرت المراة انه تزوجها قبله
او انه تزوجها دون الاخر فهي امراته لما لا بينة تترجح باقرارها لانها في جانب الزوج اولان
البينتين لما تعارضتا وتعذر العمل بهما بقي تصادق احد الزوجين مع المراة على النكاح فيثبت النكاح
بينهما بتصادقهما كذا في النهاية وانت تعلم ان هذا بمنزلة الشرح لما في الكتاب وانه ظهر منه ان قول
القدوري فان ادعى كل واحد منهما نكاح امراة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين فيما اذا لم يكن المراة
في يد احدهما ولم يكن دخل بها واعلم ان هذا كله اذا كان التنازع حال حيوة المراة واما اذا كان بعد وفاتها
فهو على وجه ولا يعتبر فيه الاقرار واليد فان ارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضى بالنكاح والميراث له
ويجب عليه تمام المهر وان لم يوقتا او ارخا على السواء فانه يقضى بالنكاح بينهما ويجب على كل واحد من
الزوجين نصف المهر ويرثان ميراث زوج واحد فرق بين الدعوى حالة الحيوة وبين الدعوى بعد

الوفات والفرقان المقصود في حال الحيوة هي المراة وهي لا تصلح الشركة بينهما والمقصود بعد الوفاة هو الميراث وهو مال فيقبل الشركة فان جاءت بولد يثبت النسب منهما لابوين ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان البنوة لا تتجزى كذا في غاية البيان نقلا عن الفصول وفي الفصول نقلا عن المحيط ولو تفرد احدهما بالدعوى يعني ان الذي ذكر من قبل فيما اذا ادعيا معا ولو تفرد احدهما بالدعوى والمراة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بذلك اي بما ادعاه الثاني لان القضاء للاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه وتراه لا ينقض القضاء بالبينة الثانية التي هي مثل الاولى بل دونها لان الاولى تاكدت بالقضاء وهذا لان في الظنيات لا ينقض المثل بالمثل ولهذا لا يهدم الراي بالراي كذا في غاية البيان الا ان يوقت شهود الثاني سابقا اي وقتا سابقا فانه يقضي حينئذ بما ادعاه الثاني لانه ظهر الخطاء في الاول بيقين حيث ظهر انه تزوج منكوحة الغير اقول في قول المص بيقين تسامح لان البينات من الظنيات لا من اليقينيات على ما صرحوا به ولعل صاحب الكافي تنبه له حيث ترك لفظ بيقين في تحريره وكذا اذا كانت المراة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قد قرر بيان هذه المسئلة على الوجه الاتم فيما ذكرناه من قبل نقلا عن المبسوط قال القدوري في مختصره ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد قال المص معناه اي معنى قوله منه من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء بعد هذا في الكتاب كذا في النهاية وغيرها ثم اعلم ان قول القدوري واقام بينة اي اقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه حمل صاحب العناية هذا القول على ما اقاماه من غير توقيت حيث قال في شرح المقام واقاما على ذلك بينة من غير توقيت فكانه اخذ ذلك من تصريح صاحب الكافي ههنا حيث قال ولم يوقت واحد من البينتين وقتا والقول الاولى تعميمه لما لم يوقتا ولما وقتا ووقتهما على السواء لان حكم هاتين الصورتين سواء على ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة وفتاوى قاضيخان وساير المعتبرات ولفظ الكتاب مساعد للتعميم لهما ولو لم يعم لزم ان يكون صورة ما وقتا ووقتهما على السواء متروكة من بين اقسام هذه المسئلة في الكتاب بالكلية لعدم دخولها في الصور الآتية المتشعبة من هذه المسئلة ولا يخفى بعد ذلك فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك قال المص لانه يتغير عليه شرط عقده فهو مما لانه ما رضي العقد الا ليسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه يتفرق الصفقة عليه كذا في معراج الدراية اخذا من الكافي وفسر صاحب العناية شرط عقده باتحاد الصفقة حيث قال لان شرط العقد الذي يدعيه وهو اتحاد الصفقة قد تغير عليه فلعل رغبته في تملك الكل ولم يحصل فيرده ويأخذ كل الثمن وقال بعض الفضلاء ردا على صاحب العناية الظاهر ان المراد من شرط العقد

وهو

وهو الرضاء بتفرق الصفقة كما صرح به العلامة السكاكي ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تملك الكل و ايضا الاتحاد وصف العقد فكيف يكون شرطا له انتهى اقول الذي هو تصرف في نفسه كلام القائل ههنا ساقط اما قوله ويؤيده قول المص فلعل رغبته في تملك الكل فلان قول المص هذا يؤيد ما ذكره صاحب العناية اكثر من ان يؤيد ما ذكره العلامة السكاكي صاحب معراج الدراية كما يظهر بالتامل الصادق واما قوله وايضا الاتحاد وصف العقد الخ فلان مراد صاحب العناية ان اتحاد الصفقة شرط صحة العقد لا انه شرط نفس العقد كما ان الرضا ايضا كذلك لتحقق نفس العقد فاسدا في بيع المكره مع انتفاء الرضى فيه وانه مراد المص ان تغير شرط صحته شرط نفس عقده والا لما ساغ له ان يأخذ نصف العبد بنصف الثمن بحكم ذلك العقد ثم ان صحة العقد في صفة العقد كاتحاد الصفقة وانه لا يحذور في كون احد وصفيه شرطا للاخر وقال صاحب العناية فان قيل كذب احدى البينتين متيقن لاستحالة توارد العقدين على عين واحدة كملا في وقت واحد فينبغي ان يبطل البينتان اجيب بانهم لم يشهدوا بكونهما في وقت واحد بل شهدوا بنفس العقد فجاز ان يكون كل منهم اعتمد سببا في وقت اطلق له الشهادة به انتهى واعترض بعض الفضلاء على جوابه حيث قال فيه بحث فانهما اذا شهدا بكونهما في وقت واحد فالجواب ذلك ايضا وسيجيء من الشارح التصريح به في الورق الآتي وذكره الاتقاني ههنا نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فجواب الشارح لا يفي بدفع ما اذا اورد عليه انتهى اقول منشأ جواب صاحب العناية ههنا تقييد مسئلة الكتاب فيما سبق بقوله من غير توقيت في جوابه فان ما يحتاج اليه من الجواب ههنا انما هو ما يتعلق بدفع السؤال عن مسئلة الكتاب وقد حصل ههنا على ذلك التقييد واما دفع السؤال عن مسئلة اخرى غير مذكورة في الكتاب فمفصلة عن الكلام ههنا فلا ضير في عدم وفاء جوابه بذلك نعم تقييده هناك ليس بمناسب رأسا كما بيناه ولكنه كلام آخر موضعه ثمه ثم ان ههنا جوابا آخر دافعا للسؤال عن المسئلتين معا ذكره ايضا صاحب الكافي وعامة الشراح وهو ان البيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد بان وكل المالك رجلين كل واحد منهما على الانفراد بان يبيعا عبده فباعه كل واحد من الوكيلين معا من رجل فانه يجوز وعقد الوكيل كعقد الموكل ويضاف عقده الى الموكل مجازا فثبت انه لا يستحيل صدور البيعين في زمان واحد من رجل واحد على عين واحد كملا وان قضى القاضي به اي بالعبد بينهما اي بين المدعيين فقال احدهما لا اختار اي لا اختار الاخذ لم يكن للاخر ان يأخذ جميعه لانه اي الاخر صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه اي في هذا النصف والعقد متى انفسخ بقضاء القاضي لا يعود الا بتجديد ولم يوجد فان قيل هو مدع فكيف يكون مقضيا عليه اجيب بقوله وهذا لانه خصم فيه اي في النصف المقضي به لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك اي بخلاف ما لو قال احدهما لا اختار الاخذ قبل تخيير القاضي اي قبل القضاء عليه بالخيار حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل وحجته قامت به ولم ينفسخ سببه اذ لم ينفسخ سبب استحقاق الكل في شيء والعود الى النصف للمزاحمة ولم توجد يعني انما كان القضاء له بالنصف لمانع وهو مزاحمة صاحبه له فاذا زال المانع حيث لم توجد المزاحمة قضى له بالكل ونظيره اي نظير ما قال احدهما قبل القضاء لا اختار الاخذ

وقد تغير بتفرقة ما رضي بالعقد الا ليسلم له كل المبيع واذا لم يسلم اختل رضاه مع

قبل تخيير القاضي تسليم احد الشفيعين قبل القضاء اى تسليم احدهما الشفعة قبل قضاء القاضى بها لهما حيث يكون
للاخر ان ياخذ جميع الدار ونظير الاول اى نظيرها قال لاحد بعد الشراء لا الاخذ بعد قضاء القاضى لهما بالخيار
تسليمه بعد القضاء اى تسليم احد الشفيعين الشفعة بعد قضاء القاضى بها لهما حيث لا يكون للاخر الا ان ياخذ نصف الدار
واعلم انه لم يذكر فى بعض نسخ الهداية قوله والعود الى النصف للمزاحمة ايضا وذكر فى بعضها ولهذا لم يقع شرحه فى بعض
الشروح ووقع فى بعضها ونحن اقتصرنا شرحه والبينة على عدم وجوده فى بعض النسخ ولو ذكر كل واحد منهما
تاريخا للاول منهما هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المص لانه اثبت الشراء فى زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع
من ذلك الوقت فاندفع الاخر به اذ تبين به ان الاخر اشتراه من غير المالك فكان شراؤه باطلا ولو وقت احديهما
اى احدى البينتين ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه فى ذلك الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله
وبعده فلا يقضى له بالشك اقول فيه شيء وهو ان الاخر اثبت الملك ايضا وانما الشك فى انه قبل الوقت او بعده
فاحتمال قبليته يقتضى رجحانه على صاحب الوقت واحتمال بعديته يقتضى العكس فما الوجه فى العمل بالاحتمال الثانى
على ان الشك فى ان احدهما مقدم على الاخر او مؤخر عنه يستلزم الشك ايضا فى ان الاخر مقدم عليه او مؤخر عنه
فلم يظهر الرجحان فى جانب فالوجه ما ذكره صاحب الكافى حيث قال ولو وقت احديهما ولم يوقت الاخرى فهى
لصاحب الوقت لانه ثبت له الملك فى ذلك الوقت والذى لم يوقت يثبت ملكه فى الحال لان شراءه حادث فيضاف
حدوثه الى اقرب الاوقات ما لم يثبت التاريخ فكان شراء الموقت سابقا فكان اولى انتهى فانه لم يذكر تاريخا
ومع احدهما قبض فهو اولى هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المص ومعناه اى معنى قوله ومع احدهما قبض
انه فى يده اى القبض ثابت فى يده معاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله ومع احدهما قبض يحتمل
ان يحمل على ان يكون اثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان وهو فى الحال فى يد البائع وجاز ان يكون
الحكم هنالك على خلاف هذا حيث ذكر فى الذخيرة ثبوت اليد لاحد المدعيين بالمعاينة كذا فى النهاية وغيرها
اقول بقى هنا كلام وهو ان الظاهر ان هذه المسئلة والمسئلة السابقة التى كانت مذكورة ايضا
فى مختصر القدورى وهى قوله ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما وكذا المسئلة التى ذكرها المص
فى البين وهى قوله ولو وقت احديهما ولم يوقت الاخرى فهو لصاحب الوقت كلها من شعب المسئلة الاولى وهى
قوله ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد ومتفرعاتها يرشد اليه انه لم يعد فى شيء منها لفظ
الادعاء ولا ذكر اقامة البينة كما كان الاسلوب المطرد عند الانتقال الى مسئلة مستقلة وقد قال المص
فى صدر المسئلة معناه من صاحب اليد فاقتضى ذلك ان يكون وضع المسئلة فيما اذا كان المدعى فى يد البائع
وقال هنا ومعناه انه فى يده اى فى يد احد المدعيين فاقتضى هذا ان يكون المدعى فى يد المشترى فكان مخالفا
لوضع المسئلة فليتأمل فى التوجيه لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه تعليل للمسئلة المذكورة قال
صاحب العناية وتحقيق ذلك يتوقف على مقدمتين احديهما ان الحادث يضاف الى اقرب الاوقات والثانية ان

ما مع العبد بعديته زمانية فهو بعد فاذا عرف هذا فقبض القابض مبنى على شرائه ومتاخر عنه ظاهرا
فكان بعد شرائه ويلزم من ذلك ان يكون شراء غير القابض بعد شراء القابض فكان شراؤه اقدم تاريخا وقد
تقدم ان التاريخ المقدم اولى انتهى اقول قد اخذ هذا التحقيق من تقرير صاحب الكافى وعليه عامة الشراح
لكن لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان ما جرت عليه عادة المص فى اسلوب تحريره من ايجاز الكلام وتنقيح المرام
يابى ان يكون مراده ذلك اذ لو اراد ذلك لاكتفى بان قال لان قبضه يدل على سبق شرائه اذ يحصل به ما
هو مدار ذلك التحقيق فلا يبقى لذكر تمكنه من قبضه موقع حسن فعندى ان تحقيق مراده هو ان تمكن
احدهما من قبض المدعى يدل على كون شرائه اياه سابقا اذ لو كان شراء غير القابض اياه سابقا لما تمكن القابض
من قبضه فانه يصير حينئذ ملكا لغير القابض والانسان لا يتمكن عادة من قبض ملك الغير بل انما يتمكن من
قبض ملك نفسه فلما تمكن القابض من قبضه دل تمكنه منه على سبق شرائه وهذا المعنى مع كونه ظاهرا
من عبارة المص بلا كلفة لا يتوقف على بسط مقدمات اجنبية سيظهر ثمرته الجليلة عن قريب ان شاء
ولانهما استويا فى الاثبات اى ولان القابض وغير القابض استويا فى اثبات الشراء بالبينة و
للقابض امر مرجح وهو اليد الثابتة بالمعاينة لان غير القابض يحتمل ان يكون قبل القابض فى العقد
فينتقض يد القابض وان يكون بعده فى العقد فلا ينتقض يده فصار امره مشكوكا فلا ينتقض اليد
الثابتة بالشك لا يقال بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فينبغى ان ترجح بينة غير القابض
لانا نقول بينة الخارج انما تكون اولى من بينة ذى اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا اما اذا ادعيا
الملك بسبب فهما سيان نص عليه صاحب الكافى ههنا وقد صرحوا فى مواضع منها ما مر فى اوائل باب
اليمين قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا الشراء من اثنين واقاما
البينة واحدهما قابض فان الخارج هناك اولى والجواب ان كل واحد من المدعيين ثمة محتاج الى اثبات
الملك لبائعه اولا فاجتمع فى حق البائعين بينة الخارج وذى اليد فكان بينة الخارج اولى
وههنا ليس كذلك انتهى وقد سبقه الى هذا السؤال والجواب صاحب النهاية وزاد فى البيان حيث
قال فاما ههنا فلا يحتاجان الى اثبات الملك بل هو ثابت بتصادقهما عليه انما حاجتهما الى اثبات
سبب الاستحقاق عليه وسبب القابض قوى لتاكده بالقبض فكان هو اولى انتهى اقول
فى الجواب بحث وهو ان الذى يثبت كل واحد من المدعيين الملك له ثمة وهو بائع كل واحد منهما ليس
بذى يد بل هو خارج كغير القابض من المدعيين وكون بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد فيما
اذا اثبتا الملك لانفسهما مسلم واما فيما اذا اثبتاه لخارج اخر فممنوع الا يرى ان الدليل الذى
ذكروا للاثبات كون بينة الخارج اولى من بينة ذى اليد وهو ان بينة الخارج اكثر اثباتا
او اظهارا فان قدرها اثبته اليد لا يثبته بينة ذى اليد اذ اليد دليل مطلق الملك انتهى انما يجرى

فيما اذا اثبتا الملك لا لنفسهما لا فيما اذا اثبتاه لخارج اخر كما لا يخفى فتامل وكذا لو ذكرا لاخر وقتا اى
ولو ذكر غير القابض وقتا كان العبد لذى اليد ايضا لما بيناه قال صاحب العناية بل عامة الشراح قوله
لما بيناه اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى ــــ يرد عليهم انهم حملوا قول المص
فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على التحقيق المبنى على المقدمتين كما مر وذلك التحقيق لا يجرى
فيما اذا ذكر الاخر وقتا لانه لما يثبت شراء الاخر الذى هو غير القابض فى وقت معين لم يبق مجال لان
يضاف الى اقرب الاوقات لان اضافة الحادث الى اقرب الاوقات انما يتصور فيما اذا لم يثبت التاريخ فلم تحصل
المقدمة الاولى ولما لم يثبت تاريخ قبض القابض ليضاف الى اقرب الاوقات الذى هو الحال فلم يكن مع شراء غير القابض
فلم تحصل المقدمة الثانية واما شراء القابض فانه وان كان سابقا على قبضه فى الظاهر لا لنقل المسلم على الصلاح
دون النصب كما ذكروا فيما مر الا انه ليس بمتعين السبق على الوقت الذى ذكره الاخر بل يحتمل ان يكون قبله او بعده
فلا يقضى بالشك مثل ما ذكره المص فيما اذا لم يوقت احدهما ووقت الاخر ولم يكن لاحدهما قبض فالصواب ان يحمل
قول المص فيما مر لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه على المعنى الذى ذكرناه هناك ثم يجعل قوله هنا لما بيناه
اشارة الى ذلك القول لان المعنى المذكور يتمشى فيما نحن فيه ايضا كما لا يخفى وهذا هو التمرة التى اشرنا اليها فيما مر آنفا
الا ان يشهدوا اى شهود الخارج ان شراءه اى شراء الخارج قبل شراء صاحب اليد فح يكون الخارج اولى لان التصريح
يفوق الدلالة يعنى ان تقدم عقد الخارج ح يثبت بتصريح شهوده وتقدم عقد الاخر بالدلالة حيث دل
تمكنه من قبضه على سبق شرائه كما مر ولا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح قال العبد الضعيف فى مختصره وان ادعى
احدهما شراء والاخر هبة وقبضا قال المص معناه من واحد اى معنى ما قاله القدورى وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة
وقبضا من شخص واحد وانما قيد به احترازا عما اذا كان ذلك من اثنين فان المدعيين ح سواء ولا اولوية للشراء
على الهبة كما سيجئ بعد ثم ان تمام لفظ القدورى واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى وكذا الحكم اذا
ارخا وتاريخهما على السواء كما ذكر فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان الشراء اقوى اى من
الهبة لكونه معاوضة من الجانبين والهبة تبرع يوجب الاستحقاق من جانب فكانت بينة الشراء مثبتة
للاكثر فكانت اولى لان البينات تترجح بكثرة الاثبات ولانه يثبت الملك بنفسه عطف على قوله لكونه
معاوضة من الجانبين لا على قوله لان الشراء اقوى اى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه من غير توقف
على شئ والملك فى الهبة يتوقف على القبض ولا شك ان ما يثبت الملك بذاته اقوى مما يثبته بواسطة الغير
فكان هذا دليلا اخر على كون الشراء اقوى من الهبة يشهد بذلك قول المص فيما يجئ لاستوائهما فى القوة
فان كل واحد منهما عقد معاوضة فيثبت الملك بنفسه انتهى قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام لانه لكونه
معاوضة من الجانبين كان اقوى ولان الشراء يثبت الملك بنفسه والهبة لا تثبته الا بالقبض فكان الشراء
والهبة ثابتين معا فالشراء مثبت الملك دون الهبة لتوقفها على القبض انتهى اقول ــــ الظاهر من تحريره هنا كما ترى

انه جعل قول المص ولانه يثبت الملك بنفسه معطوفا على قوله لان الشراء اقوى فجعل كلا منهما دليلا مستقلا
على اصل المسئلة وهو اولوية الشراء كما هو صريح كلام الكافى هنا لكن لا يخفى على ذى مسكة ان قول صاحب العناية
بعيد هذا وقوله لما بيناه اشارة الى ما ذكر من الوجهين فى ان الشراء اقوى انتهى ظاهر الدلالة على ان يكون قول
المص ولانه يثبت الملك الخ معطوفا على قوله معاوضة من الجانبين ويكون كل منهما وجها مستقلا لكون
الشراء اقوى كما قررناه فيما قبل فبين كلاميه تدافع لا يخفى وكذا الشراء والصدقة مع القبض اى وكذا الحكم
اذا ادعى احدهما الشراء والاخر الصدقة مع القبض لما بيناه اشارة الى ما ذكره فى المسئلة السابقة من الوجهين
لكون الشراء اقوى والهبة والقبض والصدقة سواء يعنى اذا ادعى احدهما هبة وقبضا والاخر صدقة وقبضا
فهما سواء حتى يقضى بينهما اى نصفين كذا فى الكافى وغيره لاستوائهما فى وجه التبرع فان قيل لا نسلم التساوى
فان الصدقة لازمة لا تقبل الرجوع دون الهبة اجاب بقوله ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال اى
لان اللزوم يرجع الى المال اى يظهر اثره فى ثانى الحال اذ اللزوم عبارة عن عدم صحة الرجوع فى المستقبل والترجيح
بمعنى قائم فى الحال اى الترجيح انما يقع بمعنى قائم فى الحال لا بمعنى يرجع الى المال واجيب ايضا بان امتناع الرجوع
فى الصدقة لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب ولهذا وقعت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها
ايضا لحصول المقصود وهو صلة الرحم وهذا اى القضاء بالتنصيف بينهما فيما لا يحتمل القسمة كالحمام
والرحى صحيح وكذا فيما يحتمله اى فيما يحتمل الانقسام كالدار والبستان عند البعض لان الشيوع طارئ
يعنى ان كل واحد منهما اثبت قبضه فى الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه فكان الشيوع
طارئا وهذا لا يمنع صحة الهبة والصدقة وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشئ لانه تنفيذ
الهبة فى الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان قيل هذا قول ابى حنيفة اما عند ابى يوسف
ومحمد فينبغى ان يقضى لكل واحد منهما بالنصف على قياس هبة الدار لرجلين والاصح انه لا يصح
فى قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد منهما بالنصف فانما نقضى بالعقد الذى شهد به شهوده وعند
اختلاف العقدين لا يجوز الهبة لرجلين عندهم جميعا انما يثبت الملك بقضاء القاضى وتمكن
الشيوع فى الملك المستفاد بالهبة مانع صحتها كذا فى غاية البيان وغيرها قال الامام القدورى
فى مختصره واذا ادعى احدهما الشراء اى شراء شئ كعبد مثلا من رجل وادعت امراة انه اى
ذلك الرجل تزوجها عليه اى على ذلك العبد تزوج المراة المدعية على ذلك المدعى فهما سواء اى يقضى بذلك المدعى
بينهما نصفين لاستوائهما اى لاستواء الشراء والنكاح فى القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة
فيثبت الملك بنفسه هذا اذا لم يؤرخا او ارخا وتاريخهما على السواء اما اذا ارخا وتاريخ احدهما
اسبق فالاسبق اولى كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وعن هذا
قال صاحب العناية فى تقرير مسئلة الكتاب اذا ادعى احدهما الشراء وادعت امراة انه تزوجها

عليه واقاما البينة ولم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضي العبد بينهما انتهى وفي
التبيين للامام الزيلعي ثم للمراة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق الاخر
نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق
الصفقة عليه انتهى وهذا اي الحكم المذكور وهو التسوية بينهما عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد
الشراء اولى ولها على الزوج القيمة اي وللمراة على الزوج تمام قيمة العين المدعاة لانه امكن العمل
بالبينتين بتقديم الشراء يعني ان العمل بالبينات مهما امكن واجب لكونها حجة من حجج الشرع فان قدمنا
النكاح بطل العمل بها لان الشراء بعده يبطل اذا لم تجزه المراة وان قدمنا الشراء صح العمل بها اذ
التزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه بان لا يجيزه صاحبه فتعين
تقديم الشراء اقول ههنا اشكال ظاهر وهو ان العمل بالبينتين بتقديم الشراء انما يتصور فيما
اذا لم يورخا واما فيما اذا ارخا وتاريخهما على السواء فلا كما لا يخفى والمسئلة تعم الصورتين كما مر
آنفا فكيف يتم خلاف محمد ودليله المذكور في الصورة الثانية ولم يرو عن احد تخصيص الخلاف بالصورة
الاولى وقد تمحل بعضهم في دفعه فقال ويمكن ان يقال معنى الشهادة على التاريخين المتحدين ان يقول
الشهود مثلا كان العقد في اول الظهر من اليوم الفلاني وظاهر انه يسع فيه العقود المتعددة على
التقدم والتاخر اذ لم نر شاهدين يشهدان على وقت مضيق لا يسع فيه عقدان انتهى فتامل قال
صاحب العناية وذكر في الاسرار جواب ابي يوسف عما قال محمد ان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح
اذا تاخر لم يوجب ملك المسمى كما اذا تاخر الشراء فهما سواء في حق ملك العين انتهى وقال بعض الفضلاء فيه
بحث اذ لا يندفع بهذا ما ذكره محمد فانه اذا تاخر النكاح ثبت ملك العين في المسمى له على الشراء صورة
ومعنى ولمدعية المهر معنى فوجب العمل بالبينتين بقدر الامكان بخلاف ما اذا استويا انتهى اقول
هذا البحث ساقط لانه لا يثبت ملك العين لمدعية المهر عند تاخر النكاح لا صورة ولا معنى اذ لم يسم جعل
ملك القيمة ملك العين لا بحسب اللغة ولا بحسب العرف ولئن سلم ذلك فلابي يوسف ان يقول المقصود من ذكر
السبب ملك العين صورة اذ لولاه لاكتفي في الدعوى بذكر مبلغ القيمة فهما سواء في حق ذلك وان ادعى احدهما
رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف
وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى وهو رواية كتاب الشهادات ومعراج الدراية وجه القياس قوله
لانها اي لان الهبة تثبت الملك اي ملك العين والرهن لا يثبته فكانت بينة الهبة اكثر اثباتا فهي
اولى وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون ولهذا قالوا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته
ومن الدين وبحكم الهبة اي المقبوض بحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى اي من عقد التبرع ولان
بينة الرهن تثبت بدلين المرهون والدين والهبة لا تثبت الا بدلا واحدا فكانت اكثر اثباتا فكانت

البيع

اولى وكذا في الشروح بخلاف الهبة بشرط العوض يعني لا يرد الهبة بشرط العوض نقضا حيث كانت اولى من
الرهن لانه بيع انتهاء لان الهبة بيع انتهاء وتذكير الضمير الراجع الى الهبة باعتبار الخبر او بتاويل العقد و
اولى من الرهن لانه اي البيع عقد ضمان تثبت الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا
الهبة بشرط العوض اي فكذا الهبة بشرط العوض اولى من الرهن لكونها بيعا انتهاء فان قلت الترجيح بمعنى قائم في الحال
والهبة بشرط العوض بيع انتهاء تبرع ابتداء فتكون كالهبة مع الصدقة قلت نعم هي معاوضة انتهاء ولكن
ذلك المعنى مقصود العاقد في الابتداء عادة فتكون معاوضة ابتداء نظرا الى المقصود بخلاف اللزوم في
الصدقة فانه غير مقصود للمتصدق فلا يكون اللزوم قائما في الحال لا نظرا الى العقد ولا الى العاقد ومقصوده
كذا في شرح تاج الشريعة وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى هذا لفظ
القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لانه اثبت اي لان صاحب التاريخ الاقدم اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك
الا من جهته ولم يتلق الاخر منه اي من صاحب التاريخ الاقدم لان الاخر لم يتلق منه هذا قول الامام وقول ابي يوسف اخرا وبه قال محمد اولا
واما على قول محمد اخرا فيقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر ففي النوادر عن ابي حنيفة انه يقضي
بينهما لانه لا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في اصح الروايات وعلى قول ابي يوسف يقضي للذي ارخ
وعلى قول محمد يقضي للذي لم يورخ لانه يدعي اولية الملك كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وسياتي تمام بيانه في الكتاب
ان شاء الله قال اي القدوري في مختصره ولو ادعيا الشراء من واحد قال المصنف معناه من غير صاحب اليد انتهى قوله
من واحد من غير صاحب اليد قال صاحب النهاية ليست في تقييده بقوله معناه من غير صاحب اليد زيادة فائدة فان في هذا
الحكم المترتب عليه وفي سائر الاحكام لا يتفاوت بين ان يكون دعواهما الشراء من صاحب اليد او من غيره بعد ان يكون البائع واحدا
لانه ذكر في الذخيرة دار في يد رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحب اليد بكذا فان ارخا وتاريخهما
على السواء ولم يورخا فالدار بينهما نصفان لانهما استويا في الدعوى والحجة وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق فالسابق
اولى لانه اثبت شراءه في وقت لا ينازعه فيه احد فيثبت شراؤه من ذلك الوقت ويتبين ان الاخر اشتراها من غير المالك
وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فالمورخ اولى تعليلا لنقضها هو بنا لانا اذا جعلنا المورخ اولى فقد نقضنا شراء
الاخر لا غير واما اذا قضينا للذي لا تاريخ له انتقض على صاحب التاريخ شراؤه وتاريخه بعدما ثبت الامران بالبينة
واذا ادعى الخارجان تلقي الملك من واحد آخر بان ادعى رجل انه اشترى هذه الدار من فلان بكذا وسمى رجلا آخر وجاء رجل آخر
وادعى انه اشترى هذه الدار من فلان ذلك بعينه فان لم يورخا او ارخا وتاريخهما على السواء يقضي بالدار بينهما وان ارخا
وتاريخ احدهما اسبق يقضي لاسبقهما تاريخا وان ارخ احدهما ولم يورخ الاخر فالمورخ اولى لما قلنا انتهى وقد تبع
اكثر الشراح اثر صاحب النهاية في مواخذة المصنف ههنا بالوجه المذكور وقال صاحب الكفاية قيد بقوله معناه من غير
صاحب اليد كيلا يلزم التكرار لانه قال اولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب
اليد ورتب عليه الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا فيثبت بذلك انه لا فرق بين ان يدعيا الشراء من صاحب اليد

او من غيره في هذا الحكم انتهى اقول الحق ما قاله صاحب الكفاية وتوضيحه ان الامام القدوري لما ذكر هذا الحكم في مختصره
مرتين احديهما هنا والاخرى في اثناء الكلام المتشعبة من قوله فيما مر ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه
حيث قال هناك ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما فهم التكرار من كلامه في الظاهر فصرف المص قوله الاول الى ما اذا
ادعياه من صاحب اليد وقوله الثاني الى ما اذا ادعياه من غير صاحب اليد احترازا عن التكرار على ما يقتضيه حمل الكلام على الفائدة
فلا غبار فيه اصلا والعجب من هؤلاء الفحول انهم قالوا بصدد شرح قول المصنف فيما مر معناه من صاحب اليد انما قيد به لان
كل واحد منهما لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فلا يخلو اما ان ادعيا الشراء من واحد او اثنين فالحكم على التفصيل يجيء
بعد هذا في الكتاب انتهى وذلك الكلام منهم اعتراف بان معنى قوله هنا ولو ادعيا الشراء من واحد ادعياه من غير
صاحب اليد اذ لا يجيء في الكتاب مسئلة اذا ادعيا الشراء من واحد غير قوله هنا وبان فائدة التقييد هناك
الاحتراز عن التكرار فكيف لم يتنبهوا لكون فائدة التقييد هنا ايضا الاحتراز عن التكرار واقاما البينة على
تاريخين هذا من تتمة ما سبق اى لو ادعيا الشراء من واحد غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين
فالاول اولى اى فصاحب التاريخ الاول اولى لما بينا اى في مسئلة اذا ادعيا الشراء من صاحب اليد انه اثبته اى انه
صاحب التاريخ الاول اثبت الشراء في وقت لا منازع له فيه اى في ذلك الوقت فاندفع الاخر به وان اقام كل
واحد منهما البينة على الشراء من اخر كان اقام احدهما البينة على الشراء من زيد مثلا والاخر على الشراء من عمرو
وذكرا تاريخا فهما سواء قال صاحب النهاية ومعراج الدراية اى ذكرا تاريخا واحدا واما لو ذكرا تاريخين فالسابق
اولى لاثبات الملك لبائعه في وقت لا ينازعه الاخر فيه ويرجع الاخر بالثمن على بائعه لاستحقاق المبيع من يده
كذا في المبسوط انتهى وقد سلك صاحب الغاية مسلكهما في شرح المقام حيث قال وذكرا تاريخا واحدا فهما سواء
انتهى وقال صاحب الكفاية اخذا من الكافي اى سواء كان تاريخهما واحدا او كان احدهما اسبق تاريخا فهما سواء
لانهما يثبتان الملك لبائعهما ولا تاريخ لملك البائعين فيصير كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بدون التاريخ
كان الملك بينهما فكذا فيمن تلقى الملك منهما بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا ان الملك
كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما تاريخا اثبت التلقي لنفسه في زمان لا ينازعه فيه صاحبه فيقضي
له بذلك ولا يقضى للغير بعد ذلك الا اذا ادعى التلقي منه والاخر لا يدعي التلقي منه انتهى وقد سلك الامام
الزيلعي هذا المسلك في شرح هذا المقام من الكنز اقول الشرع اختلاف كلمات الثقات من شراح هذا
الكتاب وغيره في حل هذه المسئلة هل اختلاف الروايتين عن المجتهدين فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين وكان
احدهما اسبق تاريخا كما صرح به في معتبرات الفتاوى حيث قال في فتاوى قاضي خان وان ادعيا الشراء كل واحد منهما
من رجل اخر انه اشتراها من فلان وهو يملكها فان القاضي يقضي بينهما وان وقتا فصاحب الوقت الاول اولى في ظاهر
الرواية وعن محمد انه لا يعتبر التاريخ وان ارخ احدهما دون الاخر يقضي بينهما اتفاقا انتهى وقال في البدايع اما اذا
ادعيا الشراء من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت واقاما البينة على ذلك يقضي بينهما نصفين وان

كان

كان وقتهما واحدا فكذلك وان كان احدهما اسبق من الاخر فالاسبق تاريخا اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف
وكذا عند محمد في رواية الاصول بخلاف الميراث وفي رواية يكون بينهما نصفين عنده وعن محمد في الاملاء انه
سوى بين الميراث وبين الشراء وقال لا عبرة بالتاريخ في الشراء ايضا الا ان يورخا ملك البائعين انتهى
وذكر في الذخيرة ايضا كذلك مع نوع تفصيل وكذا في غيرها ثم اقول الذي يظهر من نقل تلك المعتبرات
ان كون صاحب التاريخ الاسبق اولى فيما اذا ادعيا الشراء من اثنين ظاهر الرواية من قول اكثر المجتهدين واكبرهم
فحمل مسئلة الكتاب على الاستواء فيه اولى كما لا يخفى قال المص في تعليل المسئلة المذكورة لانهما يثبتان الملك
لبائعهما فيصير كانهما حضرا اى فيصير كان البائعين حضرا وادعيا وارخا تاريخا واحدا ثم يتخير كل واحد
منهما كما ذكرنا من قبل يعني ان كل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك
ولو وقتا احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين يعني اذا ادعى الخارجان شراء كل واحد
من رجل اخر واقاما البينة ووقتت احدى البينتين دون الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت
احديهما لا يدل على تقدم الملك اى على تقدم ملك بائعه يعني ان كل واحد من المدعيين هنا خصم عن بائعه
في اثبات الملك له وتوقيت احدهما لا يدل على تقدم ملك بائعه بخلاف ما اذا كان ذو يد لجواز ان يكون الاخر
اقدم اى لجواز ان يكون البائع الاخر اقدم في الملك بخلاف ما اذا كان البائع واحدا لانهما اى
المدعيين اتفقا في هذه الصورة على ان الملك لا يتلقى اى لا يؤخذ الا من جهته اى من جهة البائع الا ان
الحاجة كل واحد منهما الى اثبات سبب الانتقال اليه وهو الشراء لا الى اثبات الملك للبائع فاذا اثبت
احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره قال صاحب العناية لان الثابت بالبينة كالثابت
عيانا ولو عاينا بيده الملك حكمنا به فكذا اذا ثبت بالبينة الا اذا تبين انه تقدم عليه شراء غيره
انتهى اقول فيه نظر لان الكلام في توقيت احدى البينتين لا في اثباتها اليد فلا يلزم من كون الثابت
بالبينة كالثابت عيانا ان يكون الثابت بالبينة الموقتة كالملك المعاين باليد فلا تعلق لقوله ولو عاينا
بيده الملك حكمنا به بالمقام وانما اللازم من كون الثابت بالبينة كالثابت عيانا ان يكون شراء من وقتت
بينة كالشراء المعاين لثبوته بالبينة ولكن الاخر مشترك في هذا اللازم لثبوت شرائه ايضا بالبينة
نعم بينهما فرق من حيث ان الاول يصير بمنزلة من عاينا شراءه ووقته معلوم معين عندنا الان والثاني
يصير بمنزلة من عاينا شراءه ايضا ولكن وقته غير معلوم عندنا الان بل يحتمل التقدم على الاخر والتأخر
عنه الا ان هذا الفرق لا يجدي نفعا اذ الظاهر انا لا نحكم في هذه الصورة ايضا لصاحب الوقت
المعين ما لم نعرف انه اسبق من الاخر فالوجه في تعليل كلام المص هنا ان يقال لان الشراء امر حادث
والحادث يضاف الى اقرب الاوقات ما لم يتبين وقته على ما هو القاعدة المقررة عندهم فشراء
غير الموقت يضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيتأخر عن شراء الموقت حكما وقد اشير الى هذا الوجه

والمعارض الكلام هنا وبيانه لا يكاد
التحل وقد نقل بعض الفضلاء من الكفاية
وغاية البيان عليها بنيانه

هنا اجمالا في غاية البيان وشرح تاج الشريعة ومرّ هنا تفصيل نظيره فيما سبق نقلا عن الكافي فتذكر ثم قال
صاحب العناية ولقائل ان يقول حاصل الفرق بين المسئلتين بما ذكره من قوله لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا
من جهته واما البائع فمشترك بين المسئلتين وذلك لا مدخل له في الفرق والجواب ان يقال من ثبت له الملك بالبينة
فهو يكون ثبت له عيانا فيحكم به الا اذا تبين تقدم شراء غيره والجواب ان لذلك مدخلا في الفرق لان البائع
اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا وقد ثبت لاحدهما بالبينة ملك في وقت وملك غيره مشكوك
ان تأخر لم يضره وان تقدم ملكه فتعارضا فيرجح بالوقت واما اذا كان متعددا فكما جاز ان يقعا متعاقبين
جاز ان يقعا معا وفي ذلك تعارضا فضعف قوة الوقت عن الترجيح لتضاعف التعارض انتهى
اقول في الجواب بحث اما اولا فلان قوله لان البائع اذا كان واحدا كان التعاقب ضروريا ممنوع لجواز
ان يوكل واحد رجلين ببيع عبده مثلا فيبيع كل واحد منهما من رجل في وقت واحد وعقد الوكيل كعقد
الموكل فيضاف عقدهما الى الموكل مجازا كما ذكرنا فيما مر نقلا عن الكافي وعامة الشراح لدفع السؤال بتيقن
كذب احدى البينتين واما ثانيا فلان قوله فيرجح بالوقت غير تام لان الشك في ملك غير الموقت يستلزم
الشك في ملك الموقت لان تقدم احدهما على الاخر يستلزم تأخر الاخر عنه وكذا تأخره عن الاخر يستلزم
تقدم الاخر عليه فاحتمال تقدم الاخر عليه وتأخره عنه فيلزم الشك في ملكه ايضا ولا شك ان الوقت
من حيث هو وقت لا مدخل له في ترجيح الملك لاحدهما بل انما يتصور الترجيح به لتقدمه على وقت الاخر
فاذا كان هذا مشكوكا فلا مجال للترجيح به اصلا واما ثالثا فلان قوله فضعف قوة الوقت عن الترجيح
لتضاعف التعارض غير معقول لان التعارض متى تضاعف لا يزيد شيئا على التساوي والتساقط
مما يصلح للترجيح في مرتبة من التعارض ينبغي ان يصلح له في سائر المراتب ولعمري ان صاحب العناية قد
تصنع في حل هذا المقام زيادة على سائر الشراح ولكن ما اتى بشيء يعتد به كما عرفت وان فيما ذكرنا من
الوجه في تعليل كلام المصنف هنا المتلقى عن جميع ما ذكره فتفكر ولو ادعى احدهما الشراء من رجل
والاخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من اخر واقاموا
البينة قضى بينهم ارباعا وهذه من مسائل المبسوط ذكرها المصنف تفريعا وقال في تعليلها لانهم يتلقون
الملك من باعتهم وفي بعض النسخ من بائعهم وكلاهما بطريق التغليب لان البائع واحد من الملكين الاربعة
فكان المراد منه من مملكيهم وفي بعض النسخ من ملقيهم اسند لا لا بلفظ يتلقون كذا في النهاية
ومعراج الدراية فيجعل كانهم اي المملكين حضروا واقاموا البينة لانفسهم وثمة يقضى بينهم ارباعا
فكذا هنا قال اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة
على ملك مؤرخ اقدم تاريخا كان اولى اي كان صاحب اليد اولى قال المص وهذا اي هذا الحكم عند ابي حنيفة
وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه اي عن محمد انه لا يقبل بينة ذي اليد رجع اليه يعني ان هذا قوله

الاخر المرجوع اليه في المبسوط ذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد انه رجع عن هذا القول وقال بينة ذي اليد اذا
كانت اقدم تاريخا من بينة الخارج كانت اولى بعد انصرافه من الرقة وقال لا اقبل من ذي اليد بينة على تاريخ
ولا عبرة الا للنتاج وبما في معناه لان التاريخ ليس بسبب لاولية الملك بخلاف النتاج كذا في النهاية
ومعراج الدراية قال المص في تعليل ذلك لان البينتين قامتا على مطلق الملك فلم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم
والتأخر سواء قال بعض الفضلاء هذا يحتاج الى البيان اقول في البيان لما لم تتعرض البينتان لجهة
الملك جاز ان تكون جهة الملك اي سببه في حق صاحب التاريخ المؤخر اقدم في نفس الامر فيكون صاحب
التاريخ المؤخر اسبق من الاخر في الملك المتقدم بسبب ملكه على سبب ملك الاخر بخلاف ما اذا قامت البينتان
بالتاريخ على الشراء واحديهما اسبق من الاخرى حيث كان الاسبق اولى لتعرضه لسبق سبب ملك المشتري
وهو الشراء فلم يبق احتمال ان يكون الاخر اسبق في الملك ولهما اي ولابي حنيفة وابي يوسف ان البينة مع
التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي
من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فان من ادعى على ذي اليد عينا وانكر ذو اليد ذلك واقام
البينة انه اشتراه منه تندفع الخصومة وقد مر قبل هذا قبول بينة ذي اليد في ان العين في يده
وديعة حتى يندفع عنه دعوى المدعي عند اقامة البينة ولما قبلت بينة ذي اليد على الدفع
صارت هنا بينة ذي اليد بذكر التاريخ الاقدم متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها
لا تنفع الا بعد اثبات التلقي من قبله فتقبل لكونها للدفع كذا في النهاية والعناية وعلى هذا الخلاف
لو كانت الدار في ايديهما اي لو كانت الدار في ايديهما كان صاحب الوقت الاول اولى في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وفي قول محمد لا يعتبر الوقت فكانهما قامتا على مطلق الملك فتكون بينهما كذا في النهاية نقلا عن الايضاح
والمعنى ما بيناه وهو ما ذكره من الدليل في الطرفين ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق
من غير ذكر سبب ووقت احديهما اي وقت احدى البينتين دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج
اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه قيده بالتوقيت لان الخارج
وذا اليد اذا اقاما بينة على الملك المطلق بلا ذكر تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عند علمائنا كلهم
وانما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق بين الخارج وذي اليد عند ذكر التاريخ
كذا في النهاية ومعراج الدراية لانه اقدم دليل عليه قال ابو يوسف ولان صاحب الوقت اقدم تاريخا
كما في دعوى الشراء اي كما في الجواب في هذه المسئلة كالجواب في دعوى الشراء فانه اذا ارخت احديهما اي
اذا ارخت احدى البينتين هناك كان صاحب التاريخ اولى فكذا هنا والجامع ان الشراء معنى حادث
فاذا لم يؤرخ حكم بوقوعه في الحال فكان المقدم اولى منه والملك ايضا معنى حادث فلا يحكم بوقوعه في الحال
كذا في غاية البيان ولهما اي لابي حنيفة ومحمد ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هنا

بتاويل الشاهد معنى الدفع لما رأيتنا ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته اي من جهة ذي اليد لان بذكر
تاريخ احدهما لا يحصل اليقين بان الاخر تلقاه من جهته لاحتمال ان الاخرى لو وقتت كان اقدم تاريخا بخلاف ما اذا
ارخا فكان تاريخ ذي اليد اقدم كما تقدم قال صاحب العناية قيل الاستدلال بقوله ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه
معنى الدفع لا يستقيم لمحمد لانه لا يقول بذلك والا لقبله في المسألة الاولى واجيب بان ذلك يجوز ان يكون على قوله الاول
انتهى واعترض بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال فيه بحث فان اولوية الخارج على قوله الاخر الذي لا يعتبر فيه التاريخ
نص عليه العلامة الاتقاني في غاية البيان فراجعه انتهى اقول هذا الاعتراض ليس بشيء اذ ليس مراد المجيب ان قول
محمد في مسئلتنا هذه اعني اولوية الخارج فيما اذا وقتت احديهما دون الاخرى يجوز ان يكون قوله الاول حتى ينافيه نص العلامة
الاتقاني على انه قوله الاخر بل مراده ان قول المصنف ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع بصدد الاستدلال
على قول ابي حنيفة ومحمد في مسئلتنا هذه يجوز ان يكون مبنيا على قول محمد الاول في المسألة الاولى فلا يلزمه المسألة
الاولى على قوله الثاني هناك وتوضيح المقام ان لمحمد في مسئلتنا هذه قولين قوله الاول انه يقضى للذي لم يوقت
وهذا مبني على اعتبار التاريخ حالة الانفراد على خلاف ما عليه ابو حنيفة ومحمد ان غير الموقت اسبقهما تاريخا
باعتبار المعنى وهو دعوى اولية الملك وقوله الاخر ان الخارج اولى وهذا مبني على انه لا عبرة للتاريخ فكان الموقت
لم يوقت فتكون بينة الخارج اولى لكونها اكثر اثباتا على ما هو المعروف من مذهبنا وهو في قوله الاخر في هذه المسألة
مع ابي حنيفة كما انه في قوله الاول في المسألة الاولى معه وهذا كله مما يتضح عند ما ذكر في غاية البيان نقلا عن
مبسوط شيخ الاسلام فاذا عرفت هذا فنقول لو اريد الاستدلال على قول محمد الثاني في هذه المسألة مع رعاية
قوله الثاني في المسألة الاولى لم يحتج الى ذكر المقدمة القائلة ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع
بل كفى ان يقال ان بينة ذي اليد لا تقبل عنده اصلا في غير النتاج وما في معناه لما مر من الدليل في المسألة
الاولى ولكن المصنف لما قصد الجمع بين ابي حنيفة ومحمد في دليل واحد ليستغني عن ذكر دليل آخر لمحمد استدل على
قول ابي حنيفة وقول محمد الاخر في هذه المسألة بما يجمعهما مراعيا قول ابي حنيفة وقول محمد الاول في المسألة الاولى
فاحتاج الى ذكر تلك المقدمة وهذا هو المراد بالجواب الذي ذكره صاحب العناية فاين هذا مما فهمه ذلك المعترض عليه
فقال ذلك البعض ويجوز ان يكون النكتة لابي حنيفة ووجه محمد غير مذكور هنا وقوله طاهر فيل يخرج منهما
اللؤلؤ والمرجان انتهى قول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان مثل هذا التوجيه في مثل هذا المقام من قبيل
جنازة وعجن شتى فتبصر وعلى هذا اي على الخلاف المذكور اذا كانت الدار في ايديهما واقاما البينة على الملك
المطلق فوقتت بينة احدهما دون بينة الاخر يعني لا عبرة للتاريخ عندهما والدار للمؤرخ عند ابي يوسف ولو كان
في يد ثالث اي ولو كانت الدار المدعاة في يد ثالث والمسألة بحالها اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك
المطلق دون الاخرى فهما سواء اي فالخارجان سواء يعني يقضي بينهما نصفين عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي
وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لم يوقت اولى لانه اي الطلاق دعوى اولية الملك بدليل استحقاق الزوايد

كالاولاد

كالاولاد والاكساب ورجوع الباعة بعضهم على بعض اي وبدليل رجوع الباعة بعضهم على بعض فان من اقام
بينة على مطلق الملك في جارية مثلا استحقها وزوائدها ويرجع باعتها بعضهم على بعض وكان مدعي مطلق
الملك مدعيا للملك من الاصل ومالك الاصل اولى من التاريخ ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين
والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح بالمتيقن يعني ان العمل بالمتيقن راجح على العمل بالمحتمل كما لو ادعيا الشراء
اي ادعياه من بائع واحد وارخ احدهما دون الاخر كان صاحب التاريخ اولى كذا هنا ولابي حنيفة ان التاريخ يضامه اي
يزاحمه احتمال عدم التقدم فقط اعتباره اي اعتبار التاريخ يعني انه يحتمل ان يكون تاريخ الذي ارخ سابقا على تاريخ
صاحبه ويحتمل ان يكون متأخرا عنه فنزلناه مقارنا له رعاية للاحتمالين كذا في شرح تاج الشريعة وغيره فصار اي
فصار حكم هذه المسألة كما لو اقاما البينة على ملك مطلق اي بدون ان يذكرا التاريخ اصلا بخلاف الشراء جواب عن
قول ابي يوسف كما لو ادعيا الشراء لانه اي الشراء امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهو الحال فيترجح جانب صاحب
التاريخ لكون شراء صاحب التاريخ ح سابقا على شراء الاخر زمانا التاريخ لا محالة اقول الآن حصحص الحق
من المص فانه قد كان استدلالا على مسألة الشراء فيما مر بما هو في سمت دليل ابي يوسف هنا وكنت استشكلته
هناك واخترت ما ذكره صاحب الكافي هناك موافقا لما ذكره المص في خاتمة الكلام هنا فتذكر قال اي القدوري
في مختصره فان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة على النتاج فصاحب اليد اولى سواء اقام صاحب اليد
بينة على دعواه قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان واما جواب القياس فالخارج اولى وبه
اخذ ابن ابي ليلى ووجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا من بينة ذي اليد لان الخارج ببينته كما يثبت استحقاق
اولية الملك بالنتاج يثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد ببينته لا يثبت استحقاق
الملك الثابت للخارج بوجه ما فكان بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك المطلق كذا في النهاية وكثير
من الشروح ووجه الاستحسان ما اشار اليه المص بقوله لان البينة اي بينة ذي اليد قامت على ما لا يدل
عليه اليد وهو اولية الملك بالنتاج كبينة الخارج فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له اي لذي
اليد سواء كان ذلك قبل القضاء بها للخارج او بعده اما قبله فظاهر واما بعده فلان ذا اليد لم يصر مقضيا عليه
لان بينته في نفس الامر دافعة تبين ان الحكم لم يكن مستندا الى حجة فلا يكون معتبرا كذا قرر في الغاية
واكتفى به اقول يرد عليه ان وجه الاستحسان بهذا التقرير لا يدفع ما ذكروا من وجه القياس
لان تساوي البينتين من جهة دلالة كل واحدة منهما على اولية الملك بالنتاج لا ينافي ان تكون بينة
الخارج اكثر اثباتا للاستحقاق من بينة ذي اليد من جهة اثبات بينة الخارج استحقاق الملك الثابت
لذي اليد بظاهر يده وعدم اثبات بينة ذي اليد استحقاق الملك الثابت للخارج بوجه ما على ما صرح به
في وجه القياس فينبغي ان تكون بينة الخارج اولى بناء على زيادة الاثبات وقد كان صاحب النهاية في
الكفاية تداركا ذلك فزادا في تقريرهما شيئا لدفعه حيث قالا واما قوله ان بينة الخارج اكثر استحقاقا فلنا

نعم كذلك الآن في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من
جهة الغير فكان اولى الا يرى انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا يقضي لذي اليد
وان كانت في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد انتهى اقول ويرد عليه ان كون بينة ذي اليد
مثبتة لاولية الملك على وجه لا يحتمل التملك من جهة الغير انما نشأ من اثباتها النتاج الذي لا يتكرر وهذا
المعنى بعينه موجود في بينة الخارج ايضا لان كلامنا فيما اذا اقام كل واحد من الخارج وصاحب اليد بينة على
النتاج كما هو صريح مسئلة الكتاب ههنا وفيما اذا لم يذكرا تاريخا فان ما اذا ذكرا تاريخا فمسئلة اخرى لها
اقسام واحكام اخر كما سيجيء في آخر هذا الباب فاذن لا معنى لسبق التاريخ في بينة ذي اليد في مسئلتنا هذه
فلا تمشية للتوجيه الذي ذكراه ههنا واعلم ان وجه الاستحسان الذي لا يحوم حوله شائبة اشكال
ههنا ما روى ابو حنيفة رحمه الله عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله رضي الله تعالى عنه ان رجلا ادعى ناقة
في يدي رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم بها للذي هي في يده ثم اعلم انه ذكر في الشروح اخذا من الذخيرة ان بينة ذي اليد
على النتاج انما تترجح على بينة الخارج اذا لم يدع الخارج على ذي اليد فعلا نحو الغصب او الوديعة او الاجارة
او الرهن او ما اشبه ذلك واما اذا ادعى ذلك فبينة الخارج اولى لان ذا اليد ببينته يثبت ما هو ثابت
بظاهر يده من وجه والخارج ببينته يثبت الفعل وهو غير ثابت اصلا فكانت بينة الخارج اكثر اثباتا
فهي اولى انتهى ولكن قال عماد الدين في فصوله بعد نقل ما في الشروح عن دعوى الذخيرة وذكر الفقيه
ابو الليث في باب دعوى النتاج من المبسوط ما يخالف المذكور في الذخيرة فقال دابة في يدي رجل
اقام آخر بينة انها دابته آجرها من ذي اليد او اعارها منه او رهنها اياه وصاحب اليد اقام بينة
انها دابته نتجت عنده فانه يقضي بها لصاحب اليد لانه يدعي ملك النتاج والآخر يدعي الاعارة او الاجارة
او الرهن والنتاج اسبق من الاعارة والاجارة والرهن فيقضي لذي اليد وهذا خلاف ما ذكر في الذخيرة
انتهى وهذا هو الصحيح اي ما ذكر من القضاء لذي اليد هو الصحيح واليه ذهب عامة المشايخ خلافا لما يقول
عيسى بن ابان انه تهاترت البينتان وترك في يده اي ترك المتنازع فيه في يد ذي اليد لا على طريق القضاء
اي لا على طريق قضاء الاستحقاق بل على طريق قضاء الترك ووجه قوله ان القاضي تيقن بكذب
احد الفريقين اذ لا يتصور نتاج دابة من دابتين وفي مثل هذا تهاتر البينتان كما في مسئلة كوفة
ومكة على ما مر في اول هذا الباب ووجه صحة ما ذهب اليه العامة ان محمدا رحمه الله ذكر في خارجين
اقاما البينة على النتاج انه بينهما نصفين ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك
قال لو كانت الشاة المذبوحة في يد احدهما وسواقطها في يد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج
فيها يقضي بها وبالسواقط للذي في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك في يد

كل واحد

كل واحد منهما ما في يده والجواب عن قوله ان القاضي تيقن بكذب احد الفريقين ما ذكرنا في شهادة الفريقين على الملكين
بان كل واحد منهما اعتمد سببا ظاهرا مطلقا لاداء الشهادة وهذا لان الشهادة على النتاج لا يلزم فيها معاينة
الانفصال عن الام بل يكفي رؤية الفصيل يتبع الناقة فكل من الفريقين في شهادته على النتاج يجوز ان يعتمد
سببا ظاهرا لاداء الشهادة فيجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر
البينتان مع ان العين الواحد لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد منهما بكماله ولكن لما وجد لكل
شهادة كل واحد من الفريقين محلا يطلق لاداء الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الخصمين يباشر سبب الملك
وعاين الفريق الآخر الخصم الآخر يتصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا ههنا وعن هذا خرج الجواب عن
مسئلة مكة وكوفة لان القاضي لم يجد لشهادة الفريقين هناك محلا يطلق لكل واحد منهما اداء الشهادة لان
المطلق للشهادة بالطلاق والعتاق معاينة الشهود ايقاع الطلاق والعتاق ولا يتصور سماع الفريقين ايقاع
الطلاق والعتاق في يوم واحد من شخص واحد بمكة وكوفة لان الشخص الواحد في يوم واحد لا يكون في مثل ذينك
المكانين عادة فتهاترت البينتان هناك لذلك اما ههنا فبخلافه ثم ان ثمرة الخلاف انما تظهر في حق تحليف ذي اليد
وعدمه فعند عيسى بن ابان يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما تهاترتا صارتا كان البينتين لم تقوما بالشهادة
اصلا فيقضي لذي اليد قضاء ترك بعدما حلف للخارج وعند العامة لا يحلف كذا في المبسوط والذخيرة ولو تلقى كل
واحد منهما اي من الخصمين الملك من رجل اي من رجل على حدة فكان هناك مملكان واقام البينة
على النتاج عنده اي واقام كل واحد منهما البينة على النتاج عند من تلقى الملك منه فهو بمنزلة اقامتها على النتاج
في يد نفسه فيقضي به لذي اليد لان كل واحد منهما خصم عمن تلقى الملك منه فكان المملكين قد حضرا واقاما على
ذلك بينة فانه يقضي ثم لصاحب اليد كذلك ههنا ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب
النتاج اولى ايهما كان اي خارجا كان صاحب النتاج او ذا اليد لان بينته اي لان بينة صاحب اليد
قامت على اولية الملك فلا يثبت اي فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته اي من جهة صاحب
النتاج والفرض ان الآخر لم يتلق منه وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين بان ادعى احدهما الملك والآخر
النتاج فبينة النتاج اولى لما ذكرنا من ان بينته تدل على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي
من جهته ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضي له اي للثالث الا
ان يعيدها اي البينة ذو اليد فيقضي له لان الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية لان
المقضي به الملك وثبوت الملك بالبينة في حق شخص لا يقتضي ثبوته في حق آخر فان اعاد ذو اليد بينة
قضي له بها تقديما لبينة ذي اليد على بينة الخارج في النتاج وان لم يعد قضى بها للثالث قال
في البدائع فرق بين الملك وبين العتق ان القضاء بالعتق على شخص واحد يكون قضاء على الناس
كافة والقضاء بالملك على شخص لا يكون قضاء على غيره وان كانت بينة الخارج توجب الملك بصفة الاولية

وان لا يحتمل التكرار كالعتق وجه الفرق ان العتق حق الله تعالى الا يرى ان العبد لا يقدر على ابطال رقه لا يجوز
استرقاق الحر برضاه ولو كان حق العبد لقدر على ابطاله واذا كان حق الله تعالى فالناس في اثبات حق الله تعالى
خصوم عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضاء على الواحد قضاء على الكل
لاستوائهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاء ما قام الواحد
منهم مقام الكل لاستوائهم في الخلافة بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغائب
الا بالانابة حقيقة او بثبوت النيابة شرعا او اتصال بين الحاضر والغائب فيما وقع فيه الدعوى على ما عرف ولم
يوجد شيء من ذلك فالقضاء على غيره يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وهذا لا يجوز
انتهى وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل اي تقبل بينته وينقض القضاء اي وينقض
القضاء الاول صورته ما اذا اقام الخارج البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بها له ثم اقام
ذو اليد البينة على النتاج تقضى بها له وينقض القضاء الاول كذا في النهاية والكفاية لانه بمنزلة النص اي لان
اقامة البينة على النتاج بمنزلة النص في الدلالة على الاولية قطعا فكان القضاء الواقع على خلافه كالقضاء
الواقع على خلاف النص والقضاء ينقض هناك كذا هنا وهذا استحسان وفي القياس لا تقبل بينته لانه صار
مقضيا عليه بالملك فلا تقبل الا ان يدعي تلقي الملك من جهة المقضي له وجوابه انه لم يصر مقضيا عليه لانه باقامة
البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا والقضاء كان خطأ فانى يكون مقضيا عليه كذا
في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان في ظاهر هذا الجواب خروجا عن المسئلة التي نحن بصددها فان
عبارة المسئلة هكذا وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء وقد
صرح فيها بكونه مقضيا عليه وينقض القضاء فانكار كونه مقضيا عليه ينافيه فالظاهر ان الاولى في الجواب ان يقال ان كونه
مقضيا عليه لا يضر بقبول بينته لانه باقامة البينة على النتاج تبين ان الدافع لبينة المدعي كان موجودا
في نفس الامر ولكن لم يكن ظاهرا عند القاضي فاذا ظهر تبين خطاء القضاء الاول فلم يكن معتبرا فينقض
كالقضاء الظاهر في خلافه نص قال الشراح فان قيل القضاء ببينة الخارج مع بينة ذي اليد على النتاج
مجتهد فيه فان ابن ابي ليلى يرجح بينة الخارج فينبغي ان لا ينقض قضاء القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد
قلنا انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي اليد قائمة عند وقت القضاء فيرجح باجتهاده
بينة الخارج عليها وهذه البينة ما كانت قائمة عنده حال القضاء فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم
ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا اقام ما يدفع به انتقض القضاء الاول انتهى اقول لا يتوجه
السؤال راسا لان كلامنا في ان المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل وينقض القضاء
وترجيح ابن ابي ليلى بينة الخارج فيما اذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد النتاج على ما تبين فيما قبل وفي غير
ما نحن فيه واما ترجيح بينة الخارج فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد النتاج كما فيما نحن فيه فغير ثابت

وذن

فقد تتبعت الكتب ولم اظفر بالتصريح بذلك من احد قط وما ذكروا فيما مر من وجه جواب القياس الذي اخذ به
ابن ابي ليلى لا يساعد ذلك جدا كما لا يخفى على المتامل قال اي القدوري في مختصره وكذلك النسج اي النسج
كالنتاج في انه لا يتكرر وكل حكم عرفته في النتاج فهو في النسج كذلك وصورة المسئلة اذا ادعى رجل ثوبا في
يد رجل انه ملكه باقرار نسجه في ملكه واقام على ذلك بينة واقام صاحب اليد بينة على مثل ذلك قضى بالثوب لصاحب اليد
كذا في النهاية في الثياب التي لا تنسج الا مرة واحدة كغزل القطن هذا احتراز عن الثياب التي تنسج مرة بعد اخرى
كالخز وفي المبسوط النسج في الثوب موجب لاولية الملك فيه وهو مما لا يتكرر كالنتاج في الدابة الا ان يكون
الثوب بحيث ينسج مرة بعد اخرى كالخز ينسج ثم ينكث فيغزل وينسج ثانيا فحينئذ يقضى للخارج وكذلك كل سبب في الملك
لا يتكرر لانه في معنى النتاج قد تقدم ان القياس في دعوى النتاج ما ذهب اليه ابن ابي ليلى من ان بينة الخارج اولى
وان ما ذهبنا اليه من كون بينة ذي اليد اولى استحسان تركنا القياس فيه بالسنة وهي حديث جابر رضي الله
عنه كما رويناه من قبل فلا يلحق بالنتاج الا ما كان في معناه من كل وجه وكل ما لا يتكرر من اسباب الملك فهو في معناه من
كل وجه فيلحق به بدلالة النص كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد اي واتخاذ اللبد والمرعزى اي وجز المرعزى
اذا شددت الزاء قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد يقال مرعزاء بفتح الميم مخففا ممدودا
وهي كالصوف تحت شعر العنز كذا في المغرب وجز الصوف فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد لبنا انه ملكه حلبه
من شاته او ادعى جبنا انه ملكه صنعه في ملكه او ادعى لبدا انه ملكه صنعه في ملكه او ادعى مرعزى انها ملكه جزها من
عنزه او ادعى صوفا انه ملكه جزه من غنمه واقاما على ذلك بينة فانه يقضى بذلك لذي اليد في هذه الصور كلها لان اسباب الملك
فيها لا يكون الا مرة واحدة فكانت في معنى النتاج من كل وجه فالحقت به وان كان يتكرر اي وان كان سبب الملك يتكرر قضي به
للخارج بمنزلة الملك المطلق قال صاحب النهاية والمعنى فيه ان الثوب الذي ينسج مرة بعد مرة يجوز ان يصير لذي اليد
بالنسج ثم يغصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذي اليد فكان دعوى
دعوى الملك المطلق من هذا الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور
ان يصير للخارج بنسجه فكان في معنى دعوى النتاج انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث اما اولا فلان السبب يراد للحكم كما يجيء
بعد اسطر واما ثانيا فلانه يلزم نقض اليد الثابتة بالشك انتهى اقول كلا بحثيه ساقط جدا اما الاول فلانه لا يقضى
هنا بالبينتين بناء على اعتبار السببين حتى يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولم يثبت بالنسبة الى ذي اليد حيث
كان المدعى للخارج بل انما يقضى هنا ببينة الخارج فقط بناء على كونها اكثر اثباتا كما في الملك المطلق فلم يعتبر الاسباب لعدم
من الخارج بخلاف ما سيجيء بعد اسطر حيث يقضى هناك على قول محمد رح بالبينتين على اعتبار السببين ويكون المدعى للخارج
فيتجه عليه من قبل الامامين ان يقال ان السبب يراد لحكمه وهو الملك وحيث لم يثبت الملك لذي اليد لم يكن السبب مفيدا لحكمه
بالنسبة اليه فلم يعتبر وسيتضح لك الامر هناك ان شاء الله تعالى واما الثاني فلان ما ذكره صاحب النهاية من المعنى ليس علة
للقضاء للخارج فيما يتكرر من الاسباب حتى يقال كيف ينقض اليد الثابتة بالمحتمل المشكوك بل هو مجرد بيان لكون دعوى

الملك بسبب يتكرر في معنى دعوى الملك المطلق دون معنى دعوى النتاج حيث لا يدل السبب الذي يتكرر
على اولية الملك كالنتاج بل يحتمل ان يثبت به الملك اولا وثانيا كالملك المطلق وانما على القضاء للخارج بعد
تقرر ذلك المعنى كون بينة الخارج اكثر اثباتا من بينة ذي اليد كما تحقق في مسئلة دعوى الملك المطلق ولا
حاجة الى بيانه هنا ومفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان واستشكل ذلك
البعض قول المص وان كان يتكرر قضى به للخارج حيث قال فيان الشراء سبب يتكرر مع ان بينة
ذي اليد اولى فلا بد من الفرق اقول اذا ادعى الخارج الشراء من رجل وادعاه ذو اليد من رجل اخر فالحكم
فيه كحكم ما اذا ادعيا الملك المطلق بلا تفاوت بينهما على ما صرح به في عامة المعتبرات وذكره الشارح الاتقاني
فيما مر نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام فلا اشتباه هناك واما اذا ادعيا الشراء من واحد فبينة ذي اليد
اولى كما مر في الكتاب فوجه الفرق بينه وبين ما نحن فيه هو ان كلا من الخارج وذي اليد هناك اثبت ببينته
الاستحقاق على ثالث حيث ادعيا تلقي الملك من جهته كما صرحوا به فكان ما ادعياه سبب الاستحقاق على الغير لا
سبب الملك وحده فلم يكن في معنى الملك المطلق بخلاف ما نحن فيه ولعل في كلام المص ايماء الى ذلك حيث قال وكذلك كل
سبب في الملك لا يتكرر ثم قال وان كان يتكرر قضى به للخارج فاعتبر اختلاف حكم ما يتكرر وما لا يتكرر في سبب الملك
احترازا عن سبب الاستحقاق وهو اي السبب المتكرر في الملك مثل الخز اي مثل نسج الخز وهو اسم دابة ثم سمي الثوب
المتخذ من وبره خزا كذا في المغرب قيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى وينسج والبناء والغرس وزراعة الحنطة
والحبوب اي غير زراعة الحنطة وسائر الحبوب فاذا ادعى كل واحد من الخارج وذي اليد ثوبا انه ملكه نسجه من خز
او ادعى دارا انها ملكه بناها بماله او ادعى غرسا انه ملكه غرسه او ادعى حنطة انها ملكه زرعها او حبا اخر من
الحبوب كذلك واقاما على ذلك بينة قضى بذلك للخارج في هذه الصورة كلها لان اسباب الملك فيها ليست في
معنى النتاج لتكررها اما الخز فلما نقلناه واما البناء فلانه يكون مرة بعد اخرى واما الغرس فكذلك واما الحنطة
والحبوب فلانها تزرع ثم يغربل التراب فيتميز الحنطة والحبوب ثم تزرع ثانية فاذا لم تكن في معناه لم تلحق به
بل صارت بمنزلة الملك المطلق فان اشكل اي فان اشكل شيء لا يتيقن بالتكرار وعدمه فيه يرجع الى اهل الخبرة اي
يسأل القاضي اهل العلم عن ذلك يعني العدول منهم ويبني الحكم على قولهم لانهم اعرف به قال الله تعالى فاسألوا اهل الذكر
ان كنتم لا تعلمون الواحد منهم يكفي والاثنان احوط كذا في النهاية نقلا عن المبسوط والذخيرة فان اشكل عليهم اي
فان اشكل ذلك على اهل الخبرة ايضا قضى به اي بالمشكل للخارج لان القضاء ببينته اي ببينة الخارج هو الاصل
لانه القياس والعدول عنه بخبر النتاج اي والعدول عن الاصل كان بخبر النتاج اي بحديث النتاج وهو حديث
جابر رضي الله عنه كما رويناه من قبل في وجه الاستحسان فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل الذي هو القياس قال
اي القدوري في مختصره وان اقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة على الشراء منه اي من ذلك
الخارج كان صاحب اليد اولى لان الاول اي الخارج ان كان يدعي اولية الملك وفي بعض النسخ ان كان يثبت اولية

الملك فهذا اي فصاحب اليد تلقى منه اي تلقى الملك من ذلك الخارج وفي هذا لا تنافي كما لا يخفى فصار اي
فصار حكم هذه المسئلة كما اذا اقر بالملك له اي كما اذا اقر صاحب اليد بالملك للخارج ثم ادعى اي صاحب
اليد الشراء منه اي من الخارج قال صاحب النهاية ذكر في الفصول والحاصل ان الخارج مع ذي اليد اذا ادعيا
ملكا مطلقا ففي كل الصور الخارج اولى الا اذا اقام صاحب اليد بينة على النتاج او ارخا وتاريخ صاحب
اليد اسبق وفي هذه الصورة التي ذكرها في الكتاب تترجح بينة صاحب اليد ايضا وهي فيما اذا اقام الخارج
البينة على الملك واقام صاحب اليد البينة على انه اشتراه من المدعي لان المدعي ان كان اثبت اولية الملك
فهذا تلقى منه تحصل من هذا ان بينة ذي اليد تترجح على بينة الخارج في هذه الصورة الثلث التي ذكرناها
انتهى اقول لا اسلم هذه الصورة التي ذكرت في الكتاب مما ذكر في الفصول لانه فيما اذا ادعى
كل واحد من الخارج وذي اليد ملكا مطلقا على ما هو مدلول صريح قول صاحب الفصول والحاصل ان الخارج
مع ذي اليد اذا ادعيا ملكا مطلقا الخ وما ذكر في الكتاب فيما اذا ادعى الخارج الملك المطلق وذو اليد الملك
المقيد بالشراء فضم هذه الصورة الى الصورتين المذكورتين في الفصول بطريق الاستثناء وجعل ما
يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج صورا ثلثا كما فعله صاحب النهاية مما لا حاصل له لانه ان اراد
ان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق هذه الصور الثلث فليس
بصحيح كما لا يخفى وان اراد ان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج فيما اذا ادعيا الملك المطلق
او غيره هذه الصور الثلث فليس بتام لان ما يترجح فيه بينة ذي اليد على بينة الخارج مطلقا غير
منحصر في هذه الصور الثلث بل متحقق في غيرها ايضا كما اذا ادعيا الشراء من واحد ولم يكن تاريخ احدهما
اسبق على ما سبق في الكتاب قال اي القدوري في مختصره وان اقام كل واحد منهما اي من الخارج
وذي اليد البينة على الشراء من الاخر اي اقام الخارج البينة على انه اشترى هذه الدار مثلا من ذي
اليد واقامها ذو اليد على انه اشتراها من الخارج ولا تاريخ معهما تهاترت البينتان وتترك الدار
في يد ذي اليد بغير قضاء قال رضي الله عنه اي قال المص وهذا عند ابي ح وابي يوسف وعلى قول محمد
يقضى بالبينتين وتكون اي وتكون الدار للخارج لان العمل بهما اي بالبينتين ممكن فيجعل كانه اشترى
ذو اليد من الاخر وقبض ثم باع اي ثم باع ذو اليد من الخارج ولم يقبض الخارج لان القبض دلالة
السبق اي لان قبض ذي اليد دليل سبق في الشراء كما مر اشارة الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما
قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه انتهى ولا يعكس الامر اي لا يجعل كان الخارج
اشتراها من ذي اليد اولا ثم باعها اياه لان البيع قبل القبض لا يجوز يعني ان العكس يستلزم البيع
قبل القبض وذلك لا يجوز وان كان اي وان كان البيع في العقار عنده اي عند محمد ولهما اي ولابي
حنيفة وابي يوسف ان الاقدام على الشراء اقرار منه اي من المشتري بالملك للبائع فصار اي فصار

هذه المسئلة كانهما اى البينتين قامتا على الاقرارين اى على الاقرارين من الطرفين وفيه التهاتر بالاجماع فكذا
هنا اى فيما نحن فيه ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك هذا دليل اخر لهما متضمن للجواب عما قاله محمد ان العمل
بالبينتين ممكن يعنى ان السبب لا يراد لنفسه وانما يراد لحكمه فاذا كان مفيدا للحكم كان معتبرا والا فلا
لكونه غير مقصود بالذات وههنا لا يمكن القضاء لذى اليد الا بملك مستحق اى مستحق للخارج لانا اذا قضينا
ببينة ذى اليد فانما نقضى ليزول ملكه الى الخارج فلم يكن السبب الذى هو البينة ههنا مفيدا للحكم بالنسبة
الى ذى اليد فيبقى القضاء لمجرد السبب وانه لا يفيد فلم يكن معتبرا فلم يمكن العمل بالبينتين اقول لـ لطالب
ان يطالب بالفرق بين مسئلتنا هذه على قولهما وبين ما اذا اقام كل واحد من الخارج وذى اليد البينة على
النتاج ولا تاريخ معهما حيث لم تتهاتر البينتان هناك عند ائمتنا الثلثة على ما هو الصحيح بل قضى
ببينة ذى اليد لا بناء على ان البينتين استويا فى الاثبات وترجحت بينة ذى اليد باليد كما مر وتهاترتا
هنا عندهما مع الاشتراك فى العلة المذكورة هناك فتامل فى الفرق ثم لو شهدت البينتان على نقد الثمن
فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا اى اذا استوى الثمنان لوجود قبض مضمون من كل جانب
لعدم القضا بشئ من العقدين عندهما وان كان احد الثمنين اكثر رجع بالزيادة كذا فى شرح الكنز للزيلعى
ثم ان هذا اى القصاص اذا كان المقبوض هالكا وان كان قائما وجب رده كذا فى الكافى فان قلت
تهاترت البينتان فى الشراء عندهما فينبغى ان يكون كذلك فى حق النقد لانه فى ضمنه قلت امكن ان لا
تقبل البينة فى حق شئ وتقبل فى حق شئ اخر كالمرأة اذا قامت البينة على وكيل زوجها بنقلها على
تطليق زوجها لا تقبل فى حق الطلاق وتقبل فى حق قصر يد الوكيل كذا فى شرح تاج الشريعة وان لم يشهدوا
على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله لوجوبه عنده اى لوجوب الثمن عند محمد فان البينتين
لما ثبتا عنده كان كل واحد منهما موجبا للثمن عنده فيتقاصا من الوجوب بالوجوب ولو
شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا اى البينتان بالاجماع لكن على اختلاف التخريج فعندهما بناء على
ان دعواهما مثل هذا البيع اقرار من كل واحد منهما بالملك لصاحبه وفى مثل هذا الاقرار تتهاتر
الشهود فكذلك ههنا وعند محمد باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد القبض وليس
فى البيعين ذكر تاريخ ولا دلالة تاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا فاذا جاز البيعان
ولم يكن احدهما اولى من الاخر فى القبول تساقطا للتعارض فبقى العين على يد صاحب اليد كما كانت وهو
معنى قول المص لان الجمع غير ممكن عند محمد اى لان العمل بهما غير ممكن عنده لجواز كل واحد من البيعين
مع عدم اولوية احدهما على الاخر لعدم ذكر التاريخ وعدم دلالته فكانت شهادة الفريقين بمنزلة
تعارض النصين بحيث لم يمكن الترجيح ولا الحمل على الحالتين فسقط العمل بهما فبعد ذلك كان
العمل بما بعدهما من الحجة على ما عرف وههنا ايضا لما سقطت شهادتهما بالتعارض بقى العين فى يد

صاحب

صاحب اليد كما كانت بخلاف الاول اى بخلاف ما اذا لم يذكر القبض فى شهادتهما حيث يجعل هناك شراء صاحب اليد
سابقا وبيعه لاحقا لدلالة القبض على السبق اذ لو جعل شراء الخارج سابقا لزم البيع قبل القبض كما مر هذا
زبدة ما فى جملة الشروح فى حل هذا المقام اقول لـ لقائل ان يقول لم لا يجوز الجمع بينهما والعمل بهما بجعل العين
المدعاة بين المدعيين نصفين كما جعلناها كذلك فيما اذا ادعى اثنان عينا فى يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما
البينة ولا تاريخ معهما حيث قضينا هناك بالعين بينهما نصفين كما مر فى صدر هذا الباب وايضا قلنا اذا ادعى اثنان
عينا فى يد ثالث كل واحد منهما يدعى انه اشتراها منه واقاما بينة ولا تاريخ معهما فكل واحد منهما بالخيار ان شاء
اخذ نصف العين بنصف الثمن وان شاء تركه وقد مرت هذه المسئلة ايضا فى هذا الباب ومرت فيه ايضا مسائل
اخرى مشتركة فى هذا الحكم اعنى التنصيف بلا خلاف بين ائمتنا ولا يخفى ان ما ذكروا ههنا التخريج محمد ينتقض بكل
واحدة منها فتدبر وفى الكافى وما ذكر فى الهداية من انه لو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان
الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين يخالف ما ذكر فى المبسوط والجامع الكبير وغيرهما من انه لو شهدوا
بالبيع والقبض يقضى بالبينتين عند محمد فيقضى بالدار لذى اليد لان البينات حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وقد
امكن لانهما اثبتا العقدين والقبضين فيجعل كان ذا اليد باعها وسلمها ثم الخارج باعها وسلمها انتهى وان
وقتت البينتان فى العقار وتعيين قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر كذا فى النهاية ومعراج الدراية
ولم تثبتا قبضا اى ولم تثبت البينتان قبضا وفى بعض النسخ ولم تبينا قبضا ووقت الخارج اسبق اى والحال
ان وقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما اى عند ابى حنيفة وابى يوسف فيجعل كان الخارج اشترى
اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد فانه جائز فى العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه اى
بيع العقار قبل القبض عنده فبقى على ملكه اى فاذا لم يصح بيعه قبل القبض بقى على ملك الخارج وان اثبتتا قبضا
اى وان اثبتت البينتان قبضا وباقى المسئلة على حاله وفى بعض النسخ وان بينتا قبضا يقضى لصاحب اليد
اى بالاجماع فيجعل ان الخارج باع ذلك منه بعد ما قبضه لان البيعين اى بيعى المرتين جائزان على القولين
اى على قولهما وقول محمد وان كان وقت صاحب اليد اسبق وباقى المسئلة على حاله يقضى للخارج فى الوجهين
اى سواء اثبتت البينتان القبض او لم تثبتاه فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم اى باع ذو اليد
من الخارج ولكن لم يسلم اليه هذا باعتبار عدم اثبات القبض او سلم اى سلم ذو اليد الى الخارج ثم وصل اليه
اى الى ذى اليد بسبب آخر من اجارة او اعارة او غيرهما وهذا باعتبار اثبات القبض فقد جمع المص الوجهين فى
تقرير هذا كما ترى فان قلت بقيت من اقسام المسئلة المارة صورتان لم تذكرا فى الكتاب احديهما ان توقت
البينتان وقتا واحدا وثانيتهما ان توقت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى فما حكمهما قلت حكم كل واحد
منهما كحكم ما اذا لم توقتا اصلا نص عليه فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام قال اى القدورى
فى مختصره واذا اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء اى الاثنان والاربعة من الشهود سواء

لان شهادة كل شاهدين علة تامة لوصولها حد النصاب الكامل كما في حالة الانفراد في غير الشهادة في الزنا والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقع بقوة فيها اى في العلة الا يرى ان الخبر لا يترجح بخبر آخر والاية لا تترجح باية اخرى لان كل واحد منهما علة بنفسه والمفسر يترجح على النص والنص على الظاهر باعتبار القوة على ما عرف اى في علم اصول الفقه وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحديهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة على المستورة بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا تترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة من الشهادة بل هي مثلها وشهادة كل عدد ذكرت مثل شهادة الاخر لا ان يكون بعضها صفة للبعض الى هنا اشار في التقويم كذا في النهاية قال اى القدوري في مختصره واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الاخر فينتصف بينهما فتجعل الدار على اربعة لحاجتنا الى حساب له نصف ولنصفه نصف واقله اربعة كذا في الكافي وقالا اى ابو يوسف ومحمد هي اى الدار بينهما اى بين المدعيين اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين اى يأخذ بحسب كل حقه سهمين وفي المغرب وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اى يأخذ منه شيئا بحكم ماله من الثلث كذا في النهاية ومعراج الدراية في النصف بسهم واحد اى وصاحب النصف يضرب بكل حقه ايضا وهو سهم واحد اذ الدار تجعل سهمين لحاجتنا الى عدد له نصف صحيح واقله اثنان فيضرب صاحب الجميع بذلك وصاحب النصف بسهم واحد فتقسم بينهما اثلاثا اى فتقسم الدار بين المدعيين اثلاثا ثلثاها لمدعي الجميع وثلثها لمدعي النصف واعلم ان اصل ابي حنيفة ان المدلي بسبب صحيح وهو ما يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه يضرب بجميع حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة عن ديونه والمدلي بسبب غير صحيح يضرب بقدر ما يصيبه حال المزاحمة كمسئلتنا هذه والموصى له باكثر من الثلث واصل ابي يوسف ومحمد ان قسمة العين متى وجبت بسبب حق كان في العين كانت القسمة على طريق العول كالتركة بين الورثة ومتى وجبت لا بسبب حق كان في العين فالقسمة على طريق المنازعة كالفضولي اذا باع عبد رجل بغير امره وفضولي آخر باع نصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة ارباعا ففي هذين الاصلين امكن الاتفاق بين الائمة الثلثة على العول وعلى المنازعة وامكن الافتراق فمما اتفقوا على العول فيه العول في التركة اما على اصله فلان السبب لا يحتاج الى ضم شيء واما على اصلهما فلانها وجبت بسبب حق في العين لان حق الورثة يتعلق بعين التركة ومما اتفقوا عليه بطريق المنازعة بيع الفضولي اما على اصله فلانه ليس بسبب صحيح لاحتياجه الى انضمام الاجازة اليه واما على اصلهما فلان حق كل واحد من المشتريين كان في الثمن فتحول بالشراء الى المبيع ومما افترقوا فيه مسئلتنا هذه ففي اصله سبب استحقاق كل منهما هو الشهادة وهي تحتاج الى اتصال

القضاء

القضاء بها كما تقدم فلم تكن سببا صحيحا فكانت القسمة على طريق المنازعة كما بين في الكتاب وعلى اصلهما حق كل واحد من المدعيين في العين بمعنى ان حق كل منهما شائع فيها فما من جزء الا وصاحب القليل يزاحم فيه صاحب الكثير بنصيبه فلهذا كانت القسمة فيه بطريق العول كما ذكر في الكتاب ثم اعلم ان اصلها ينتقض بحق الغرماء في التركة فان قسمة العين بينهم بسبب حق كان في الذمة لا في العين ومع كانت القسمة عولية كذا في المبسوط قال المص ولهذه المسئلة نظائر واضداد اى للمسئلة المذكورة اشباه حكم فيها ابو حنيفة بالمنازعة وصاحباه بالعول كما في هذه المسئلة واضداد حكم فيها ابو حنيفة بالعول وصاحباه بالمنازعة على عكسها في هذه المسئلة لا يحتملها اى النظائر والاضداد هذا المختصر يعني الهداية وقال وقد ذكرناها في الزيادات فمن نظائرها الموصى له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعين مع الموصى له بنصف ذلك اذا لم يكن للميت مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادانه احد المولين مائة درهم واجنبي مائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المدين والاجنبي عند ابي حنيفة بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين اخر وغرم المولى قيمته لهما كذا في الكافي والشروح فتذكر الاصلين المذكورين يتسهل عليك استخراج هذه الصور قال اى القدوري في مختصره ولو كانت في ايديهما اى ولو كانت الدار في ايدي المدعيين والمسئلة بحالها سلم لصاحب الجميع اى المدعي الجميع نصفها على وجه القضاء وهو الذي كان بيد الاخر ونصفها لا على وجه القضاء وهو الذي كان بيد نفسه لانه خارج في النصف اى لان صاحب الجميع وهو مدعي الجميع خارج في النصف الذي في يد مدعي النصف فيقضى ببينته اى فيقضى ببينة صاحب الجميع في حق ذلك النصف بناء على ان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد فتم دليل قوله نصفها على وجه القضاء وبقي دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء وهو قوله فالنصف الذي في يديه اى في يدي صاحب الجميع صاحبه لا يدعيه اى صاحب صاحب الجميع اى خصمه وهو مدعي النصف لا يدعي ذلك النصف لان مدعاه اى مدعى صاحبه وهو مدعي النصف النصف وهو في يده سالم له توضيحه ان دعوى مدعي النصف منصرفة الى ما في يده ليكون يده يدا محققة في حقه لان حمل امور المسلمين على الصحة واجب فمدعي النصف لا يدعي شيئا مما في يد صاحب الجميع لان مدعاه النصف وهو في يده فسلم النصف لمدعي الجميع بلا منازعة كذا في الكافي ولو لم ينصرف اليه دعواه اى ولو لم ينصرف دعوى مدعي النصف الى النصف الذي في يده كان ظالما بامساكه اى كان مدعي النصف ظالما بامساك ما في يده وقضيته وجوب حمل امر المسلم على الصحة قاضية بخلافه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده اى فاذا لم يدع مدعي النصف النصف الذي في يد مدعي الجميع ولا قضاء بدون الدعوى فيترك ذلك

النصف في يد مدعي الجميع بلا قضاء فتتم دليل قوله ونصفها لا على وجه القضاء ايضا تثبت المدعي بنفيه

قال صاحب العناية الاصل في هذه المسئلة ان دعوى كل واحد من المدعيين تنصرف الى ما في يده كيلا يكون في امساكه ظالما حملا لامور المسلمين على الصحة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد انتهى

اقول فيه نظر وهو ان انصراف دعوى مدعي الجميع من المدعيين الى ما في يده غير معقول لانه ان جعل الذي في يده الكل لا يبقى للمقدمة القائلة وان بينة الخارج اولى من بينة ذي اليد محل في هذه المسئلة ولا يصح قول المص لانه خارج في النصف ولا قول صاحب العناية في اثناء الشرح ومدعي الكل يدعي عليه النصف وهو خارج عن النصف وان جعل الذي في يده النصف كما هو الظاهر الحق فلا معنى لانصراف دعواه الى ما في يده لانه يدعي الكل وهو ليس في يده وايضا لا يتم قوله كيلا يكون في امساكه ظالما بالنسبة اليه لان الانسان لا يكون ظالما بامساك حقه وان كان في يد غيره ومدعي الكل يدعي ان جميع ما في ايديهما حقه فالحق ان الذي ينصرف دعواه الى ما في يده انما هو مدعي النصف منهما كما هو المذكور في الكافي وغيره وقد قررناه في اثناء شرح كلام المص

قال اي القدوري في مختصره واذا تنازعا اي تنازع الاثنان في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى اي الذي يوافق سن الدابة تاريخه اولى من الآخر لان الحال تشهد له يعني ان علامة صدق شهوده قد ظهرت بشهادة الحال له فيترجح اي فيترجح من يوافق سن الدابة تاريخه واعلم انه لا فرق في هذا بين ان تكون الدابة في ايديهما او في يد احدهما او في يد ثالث لان المعنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى في النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذي اليد ان كانت في يد احدهما او لهما ان كانت في ايديهما او بيد ثالث كذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وان اشكل ذلك اي سن الدابة كانت بينهما اي كانت الدابة بينهما نصفين لانه سقط التوقيت وصار كانهم لم يذكرا تاريخا هذا الجواب في الخارجين وان كان احدهما صاحب اليد ودعوا جميعا النتاج ووقتت

البينتان وقتين فان كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد وان كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد او كانت مشكلة قضيت بها للذي اليد اما لظهور علامة الصدق في بينته او سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة كذا في المبسوط ولم يذكر فيما اذا كان سن الدابة بين الوقتين وذكر في الذخيرة في ذلك تهاترت البينتان عند عامة المشايخ و تترك الدابة في يد صاحب اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية وان خالف سن الدابة الوقتين قال الشراح اي في دعوى الخارجين اقول لم يظهر لي فائدة هذا التقييد كما سيتبين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم لانه ظهر كذب الفريقين وذلك مانع عن قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع ايضا فتترك اي الدابة في يد من كانت في يده والظاهر ان هذا يعم الصور الثلث اعني ما اذا كانت الدابة في يد ثالث وما اذا كانت في ايديهما وما اذا كانت في يد احدهما اذ لا فارق بينهن في الوجه الذي ذكره من قبل الحاكم فلا فائدة في

في التقييد المار وفي المبسوط من مشايخنا من قال يبطل البينتان والاصح ما قاله محمد من الجواب وهو ان يكون الدابة بينهما في الفصلين يعني فيما اذا كان سن الدابة مشكلا وفيما اذا كان على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كان مشكلا فلا شك فيه وكذلك اذا كان على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وفي هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى المقصود هما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين وهذا لانا لو اعتبرنا التوقيت بطلت البينتان ووجب بقاء في يد ذي اليد وقد اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد فكيف تترك في يده مع قيام حجة الاستحقاق كذا ذكر في اكثر الشروح قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وهذه الرواية مخالفة لما روى ابو الليث عن محمد انه قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضي بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضي لهما بشيء وتترك في يد ذي اليد قضاء ترك فكانهما لم يقيما البينة ولعل هذا هو الاصح وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء لان مقصود المدعي ليس بمعتبر في الدعاوى بلا حجة واتفاق الفريقين على استحقاقها على ذي اليد غير معتبر لانه ليس بحجة مع وجود المكذب انتهى اقول يمكن ان يجاب عن قوله وقوله ينظر الى مقصودهما ليس بشيء الى قوله لانه ليس بحجة مع وجود المكذب بان الموجود مكذب الوقتين لا مكذب اصل البينتين فاللازم منه سقوط اعتبار ذكر الوقت لا سقوط اعتبار اصل البينتين وهما اثبات الاستحقاق للمدعيين على ذي اليد فلا قادح لما في المبسوط ويرشد الى هذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وان خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قائمتين على مطلق الملك من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره انه في رواية ابي الليث تهاترت البينتان قال وهو الصحيح ووجهه ان سن الدابة اذا خالف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا بالعدم فيترك المدعى في يد صاحب اليد كما كان والجواب ان مخالفة السن الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين اصلا ورأسا انتهى كلامه قال محمد رحمه الله

قال اي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما اي العبد بين المدعيين لاستوائهما لان المودع لما جحد الوديعة صار غاصبا فصار دعوى الوديعة والغصب سواء والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق فيكون العبد بينهما نصفين

فصل في التنازع بالايدي

لما فرغ عن بيان وقوع الملك بالبينة شرع في بيان وقوعه بظاهر اليد في هذا الفصل لما ان الاول اقوى ولهذا اذا قامت البينة لا يلتفت الى اليد قال اي القدوري في مختصره واذا تنازعا اي تنازع اثنان في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اي تصرف الراكب اظهر فانه اي الركوب يختص بالملك يعني غالبا قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بخلاف

ما اذا اقاما البينة حيث تكون بينة الخارج اولى لانها حجة مطلقة وبينة الخارج اكثر اثباتا
على ما بينا واما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان
في يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك في يده حتى تقوم الحجة والترجيح انتهى
وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب اي في السرج اولى لان العادة جرت بان
الملاك يركبون في السرج وغيرهم يكون رديفا كذا في الكافي وغيره واعلم ان ما ذكره في الكتاب من كون الراكب
في السرج اولى من الرديف على رواية نقلها الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى واما في ظاهر الرواية فالدابة
بينهما نصفان كذا في غاية البيان والعناية بخلاف ما اذا كانا راكبين يعني في السرج حيث تكون اي
الدابة بينهما اتفاقا لا لواحد لاستوائهما في التصرف اما اذا كان احدهما ممسكا بلجام الدابة والاخر متعلقا
بذنبها قال مشايخنا ينبغي ان يقضى للذي هو ممسك بلجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك
اما الذنب فانه كما يتعلق به المالك يتعلق به غيره كذا في النهاية نقلا عن الذخيرة وكذا اذا تنازعا
في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف فهو ذو اليد واذا تنازعا في قميص احدهما
لابسه والاخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولهذا يصير به غاصبا كذا في الشروح
ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما وكذا لو كانا جالسين عليه وادعيا
فهو بينهما كذا في الشروح قال المص معناه لا على طريق القضاء اي معنى قوله فهو بينهما انه بينهما
لا على طريق القضاء وعلل المسئلة بقوله لان القعود ليس بيد عليه اي على البساط حتى لا يصير
غاصبا به فاستويا اي فاستوى المتنازعان فيه فيجعل في ايديهما لعدم المنازع لهما هذا قال
صاحب النهاية في حل هذا المقام لان اليد على البساط لا تثبت الا باحدى الطريقين اما باثبات
اليد عليه حسا بالنقل والتحويل واما بكونه في يده حكما بان كان في بيته ولم يوجد شيء من ذلك في البساط
فانا نراه موضوعا على قارعة الطريق ولما علم انه ليس في يد غيرهما ولا في يديهما وهما يدعيان
يقضي بينهما لاستوائهما في الدعوى انتهى اقول يرد عليه ان هذا الشرح لا يطابق المشروح
لان المص قال معناه لا على طريق القضاء وهو يقول يقضي بينهما فبينهما تدافع ظاهر فان قلت
يجوز ان يكون مراد المص لا على طريق قضاء الاستحقاق ومراد الشارح يقضي بينهما قضاء الترك
فلا تدافع بينهما قلت لا مجال لان يكون المراد بالقضاء بينهما ههنا قضاء الترك ايضا اذ لا بد
في قضاء الترك من ان يعرف كون المدعى في يد المدعى عليه كما يفصح عنه ما ذكره صاحب النهاية نقلا عن
الذخيرة فيما سيجيء في مسئلة التنازع في الحائط حيث قال ومعنى القضاء بينهما انه اذا
عرف كونه في ايديهما قضى بينهما قضاء ترك وان لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى كل واحد منهما
انه ملكه وفي يده يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما لا انه يقضى بينهما انتهى فانه يظهر منه الفرق

بين القضاء الترك بينهما وبين الجعل في ايديهما من جهة ان الاول فيما عرف كون المدعى في ايديهما والثاني
فيما لم يعرف ذلك وفيما نحن فيه لم يتحقق يد لواحد من المدعيين على ما تقرر آنفا فلم يعرف كون المدعى في ايديهما
فلم يتصور القضاء بينهما قضاء الترك ايضا فلم يتيسر التوفيق المذكور فكان صاحب العناية تنبه لهذا فقال
لان اليد على البساط اما بالنقل والتحويل او بكونه في بيته والجلوس عليه ليس بشيء من ذلك فلا يكون يدا
عليه فليس بايديهما ولا في يد غيرهما وهما يدعيان على السوية فيترك في ايديهما انتهى حيث ترك ذكر
القضاء بينهما وذكر الترك في ايديهما لكن هذا ايضا لا يخلو عن قصور لان استعمال الترك في اليد يقتضي
سبق تحقق اليد وههنا ليس كذلك كما تبين فحق الكلام في هذا المقام ان يقال فيجعل في ايديهما او يدفع
فيها لعدم المنازع لهما كما ذكرته فيما قبل لانه ح يطابق الشرح المشروح ويطابق المقام ما يظهر مما يجيء
في مسئلة التنازع في الحائط من الفرق بين محل القضاء بينهما قضاء ترك وبين محل الجعل في ايديهما
بلا قضاء ما ايضا لا يبقى الحاجة الى ما ذكره صاحبا النهاية والعناية وغيرهما من الفرق بين مسئلتنا
هذه وبين مسئلة الدار اذا تنازعا فيها وكانا قاعدين فيها حيث لا يقضى بها بينهما ولا الى ما ارتكبوا في
وجه الفرق بينهما من التكلف على ما لا يخفى على الفطن الناظر في كلامهم اذ يظهر ح ان حكم كل واحدة
من هاتين المسئلتين ان لا يقضى بين المدعيين بالمدعى بناء على انه ليس لاحد منهما يد عليه حتى تصير دليل
الملك وسببا للقضاء بل ان يجعل المدعى في ايديهما بلا قضاء لعدم المنازع لهما واستوائهما في الدعوى
فتدبر قال اي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد
اخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فان كل واحد منهما مستمسك باليد الا ان احدهما
اكثر استمساكا فلا توجب زيادة في الاستحقاق يعني ان مثل تلك الزيادة لا توجب الرجحان اذ لا ترجيح
بكثرة العلل كما مر فصار كما لو تنازعا في بعير ولاحدهما عليه خمسون منا وللاخر مائة من كان بينهما
نصفين ولا يعتبر التفاوت بالقلة والكثرة وكما لو اقام احدهما الاثنين من الشهود والاخر الاربعة وفي
اشارة الى الفرق بين هذا وبين مسئلة القميص التي ذكرت من قبل لان الزيادة هناك ليست من جنس
الحجة فان الحجة هي اليد والزيادة هي الاستعمال كذا في العناية ثم ان هذا يدل على ان جميع الثوب
لو كان في يد رجل وادعى اخر لكان القول قوله لكن هذا اعرف ان مثل هذا الثوب كان له في العادة والا
فلا لانه ذكر في المحيط والذخيرة لو خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان هذا الرجل الذي
على عاتقه هذا المتاع يعرف ببيعه وحمله فهو له وان لم يعرف بذلك فهو لرب الدار وفي القدوري
لو ان خياطا يخيط ثوبا في دار رجل وتنازعا في الثوب فالقول قول صاحب الدار وفي نوادر ابن سماعة
عن ابي يوسف رجل دخل دار رجل فوجد معه مال فقال رب الدار هذا مالي اخذته من منزلي قال ابو حنيفة
القول قول رب الدار ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه ان كانت الثياب مما يلبس فقال

ابى يوسف ان كان الداخل رجلا يعرف بصناعة شىء من الاشياء بان كان مثلا حمالا يحمل الذين فدخل وعلى عنقه
زق زيت او كان ممن يبيع ويطوف بالمتاع فى الاسواق فالقول قوله ولا اصدق قول رب الدار عليه ولا
ولا فما ثبت فى هذه المسائل ان صاحب الدار انما يعتبر يده وان كانت فى المنقولات عند دلالة الدليل على ان
ذلك له عادة والا فلا كذا فى النهاية ومعراج الدراية قال اى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء
واذا كان الصبى فى يد رجل وهو يعبر عن نفسه اى يعقل فحوى ما جرى على لسانه كذا فى الكافى وفى معناه
قول الشراح اى يتكلم ويعقل ما يقول فقال اى الصبى انا حر فالقول قوله لانه فى يد نفسه فكان
هو صاحب اليد فكان المدعى خارجا والقول قول صاحب اليد وهذا لان الاصل ان يكون لكل انسان يد
على نفسه ابانة لمعنى الكرامة اذ كونه فى يد غيره دليل الاهانة ومع قيام يده على نفسه لا يثبت
يد الغير عليه للتنافى بين اليدين الا اذا سقط اعتبار يده شرعا فح يعتبر يد الغير عليه وسقوط اعتبار يده
قد يكون لعدم اهليته بان كان صغيرا لا يعبر عن نفسه او لا يعقل ما يقول وقد يكون بثبوت الرق
عبارة عن عجز حكمى واليد عبارة عن القدرة وبينهما تناف فاذا ثبت الضعف انتفت القدرة كذا
فى الكافى ولو قال انا عبد لفلان اى لو قال الصبى الذى يعبر عن نفسه انا عبد لفلان غير ذى اليد
فقال الذى هو فى يده انه عبدى فهو عبد للذى فى يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق فكان يد
صاحب اليد عليه معتبرة شرعا فكان القول لذى اليد انه له ولا يقطع يده الا بحجة وشهادة العبد
ليست بحجة كذا فى الكافى فان قيل الاقرار بالرق من المضار لا محالة واقوال الصبى فيها غير معتبرة
وان كان عاقلا كالطلاق والعتاق والهبة والاقرار بالدين فان الصبى ابدا يبعد من المضار ويقرب
من المبار قلنا الرق هنا لا يثبت باقراره بل بدعوى ذى اليد الا ان عند معارضة اياه بدعوى
الحرية لا يتقرر يده عليه وعند عدمها تتقرر كما فى الصبى الذى لا يعقل فيكون القول قوله فى رقه
كذا فى الشروح وان كان اى الصبى لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذى هو فى يده لانه لا يد له على نفسه
لما كان لا يعبر عنها اى عن نفسه وهو بمنزلة متاع فى ان لا يكون له يد على نفسه فكان يد صاحب
اليد ثابتة عليه شرعا فيكون القول قوله انه ملكه بخلاف ما اذا كان يعبر اى بخلاف ما اذا كان
الصبى يعبر عن نفسه ولم يقر بالرق لما مر فان قيل ما الفرق بين هذا وبين اللقيط الذى
لا يعبر عن نفسه فان الملتقط هناك وهو صاحب اليد لو ادعى انه عبده لا يصدق وهنا يصدق
قلنا الفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق فى دعوى الرق باعتبار يده ويد الملتقط على اللقيط ثابتة
من وجه دون وجه لانها ثابتة حقيقة وليست بثابتة حكما لان الملتقط امين فى اللقيط
ويد الامين فى الحكم يد غيره فاذا كانت ثابتة من وجه دون وجه لم يصح دعواه مع الشك
فان قيل فصبيان لا يصدق فى دعوى الرق لان الحرية ثابتة بالاصل اذ الاصل فى بنى آدم الحرية

لانهم

لانهم اولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما كانا حرين فكان ما يدعيه من الرق امرا عارضا فلا
يقبل قوله الا بحجة قلنا ما هو الاصل انما اعترض عليه ما يدل على خلافه فيبطل واليد على من هذا شانه
دليل على خلاف ذلك الاصل لانها دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل كذا فى النهاية وغيرها نقلا عن
الفوائد الظهيرية فلو كبر فادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه فى حال صغره فلا
ينتقض الا بالثابت ظاهرا بلا حجة قال اى محمد فى الجامع الصغير فى كتاب القضاء فاذا كان
الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه اى وهو متصل ببنائه وللاخر عليه اى على الحائط هرادى
الهرادى بفتح الهاء جمع هردية بضمها وفى المغرب الهردية عن الليث قصبات تضم ملوية بطاقات
من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت هى الحردى ولا تقل هردى انتهى وفى الصحاح
الحردى من القصب نبطى معرب ولا تقل الهردى انتهى وصحح فى الديوان الهاء والحاء جميعا
وكذا فى القاموس قال فى غاية البيان الرواية فى الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفى الجامع
الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير انتهى فهو اى الحائط لصاحب الجذوع والاتصال والهرادى
ليس بشىء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال وهو صاحب استعمال للحائط بوضع الجذوع عليه
لان الحائط انما يبنى للتسقيف وذا بوضع الجذوع عليه والاخر يعنى صاحب الهرادى صاحب تعلق
لا صاحب استعمال لان الحائط لا يبنى لوضع الهرادى عليه والاستعمال يد وعند تعارض الدعويين
القول قول صاحب اليد قضاء اى فصار الحائط فى مسئلتنا هذه كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليه
حمل وللاخر كوز معلق فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز كذا ههنا والمراد بالاتصال
اى المراد بالاتصال المذكور فى قوله او متصل ببنائه مداخلة لبن جداره اى جدار صاحب البناء فيه
اى فى الحائط المتنازع فيه ولبن هذا اى ومداخلة لبن هذا اى الحائط المتنازع فيه فى جداره
اى فى جدار صاحب البناء وقد يسمى اتصال تربيع اى ويسمى اتصال مداخلة لبن اتصال تربيع
وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او آجر ان يكون انصاف لبن الحائط المتنازع فيه
داخلة فى انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة فى المتنازع فيه
وان كان من خشب فالتربيع ان يكون ساجة احدهما مركبة فى الاخرى واما اذا نقب فادخل
لا يكون تربيعا كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام وفى النهاية وغيرها
نقلا عن الذخيرة قال صدر الشريعة وانما سمى هذا اتصال التربيع لانهما اذا بنيا ليحيطا مع جدارين اخريين بمكان مربع انتهى وكان الكرخى يقول صفة هذا الاتصال ان
يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا فالحائطان متصلان
بحائط له مقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير بها شبه القبة فح يكون الكل فى حكم شىء

واحد والمروى عن ابي يوسف رح ان اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفي ولا يشترط
اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه اكثر مشائخنا لان الرجحان يقع بكونه ملكه
مختصا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبي الحائط المتنازع فيه كذا في شرح الكنز
للامام الزيلعي وفي شرح الهداية لتاج الشريعة وهذا اي اتصال التربيع شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه
اي بعض بناء صاحبه على بعض هذا الحائط اي على بعض الحائط المتنازع فيه فصار الكل في حكم حائط واحد وهذا
النوع من الاتصال وبعضه متفق عليه لاحدهما فيرد المختلف فيه الى المتفق عليه ولان الظاهر انه هو الذي
بناه مع حائطه فمداخلة انصاف اللبن لا تتصور الا عند بناء الحائطين معا فكان هو اولى كذا ذكره صاحب
النهاية وعزاه الى المبسوط اقول ـــ تبقى هنا كلام وهو ان المصنف حمل المراد بالاتصال المذكور في مسئلتنا
هذه على اتصال التربيع وتبعه في هذا عامة ثقات المتاخرين كصاحب الكافي والامام الزيلعي وشراح
الهداية قاطبة وغيرهم حتى ان كثيرا من اصحاب المتون صرحوا بتقييد الاتصال هنا بالتربيع منهم صاحب
الوقاية حيث قال ـــ والحائط لمن جذوعه عليه او متصل بنائه اتصال تربيع لا لمن عليه هرادي انتهى ولكن
لم يظهر لي وجه هذا التقييد هنا لان معنى مسئلتنا هذه ان صاحب الجذوع اولى من صاحب الهرادي وكذا
صاحب الاتصال اولى من صاحب الهرادي وفي الحكم بكون صاحب الاتصال اولى من صاحب الهرادي لا احتياج الى تقييد
الاتصال بالتربيع بل كل واحد من ضربي الاتصال اعني اتصال التربيع واتصال الملازقة مشتركان في هذا الحكم
فان الهرادي مما لا اعتبار له اصلا بل هي في حكم المعدوم حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر
شيء فهو بينهما على ما سيأتي في الكتاب وقد ذكر في معتبرات الفتاوى ان اذا كان لاحدهما اتصال ملازقة ولم
يكن للآخر اتصال ولا جذوع فهو لصاحب الاتصال فقال في الذخيرة اما اذا كان الحائط المتنازع فيه متصلا
ببنائهما ان كان اتصالهما اتصال تربيع او اتصال ملازقة فانه يقضي بينهما نصفين لانهما استويا في الدعوى
والاتصال واما اذا كان اتصال احدهما اتصال تربيع واتصال الآخر اتصال ملازقة فصاحب التربيع اولى
لان صاحب التربيع مستعمل للحائط المتنازع فيه لان قوام حائطه بقدر التربيع بالحائط المتنازع فيه لما ذكرنا من
تفسير التربيع فكان لصاحب التربيع على ذلك التفسير مع الاتصال نوع استعمال وللآخر مجرد اتصال من غير استعمال
فيكون الاتصال مع الاستعمال اولى فكان بمنزلة الراكب على الدابة والمتعلق باللجام ولو كان لاحدهما
اتصال ببناء اتصال ملازقة او اتصال تربيع وليس للآخر اتصال ولا له عليه جذوع فانه يقضي لصاحب
الاتصال لانهما استويا في حق الاتصال بالارض المملوكة ولاحدهما زيادة اتصال من خلاف الجنس الاول
وهو الاتصال بالبناء فيترجح على الآخر انتهى وقال في البدائع ولو كان الحائط متصلا ببناء احدى الدارين اتصال
التزاق وارتباط فهو لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما اتصال التزاق وللآخر جذوع فصاحب
الجذوع اولى لانه مستعمل للحائط ولا استعمال من جانب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللآخر

جذوع

جذوع فالحائط لصاحب التربيع ولصاحب الجذوع حق وضع الجذوع انتهى فتلخص منه هنا كله ان فائدة تقييد
الاتصال بالتربيع انما تظهر لو كان للآخر اتصال ملازقة كما ذكر في الذخيرة او كان للآخر جذوع كما ذكر في
البدائع واما اذا كان للآخر هرادي كما فيما نحن فيه فلا فائدة في ذلك التقييد بل فيه اخلال بعموم جواب
المسئلة كما تبين مما ذكرناه فتنبه فان كشف القناع عن وجه هذا المقام مما تفردت به بعون الملك العلام
وقوله الهرادي ليس بشيء اي قول محمد في الجامع الصغير الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي
اصلا بل هي في حكم المعدوم وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا اي لان الحائط لا يبنى لاجل الهرادي
والبواري لانه انما يبنى للتسقيف وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري والحاصل ان وضع
الهرادي والبواري للاستظلال والحائط لا يبنى له حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس
للآخر شيء فهو بينهما معناه اذا عرف كونه في ايديهما قضي بينهما قضاء ترك واذا لم يعرف كونه في ايديهما وقد ادعى
كل واحد منهما انه ملكه وفي يديه يجعل في ايديهما لانه لا منازع لهما الا انه يقضى بينهما كذا في العناية وكذا في النهاية
نقلا عن الذخيرة ويعرف منه الفرق بين قضاء الترك والجعل في اليد بلا قضاء كما نبهنا عليه فيما مر فلا تغفل
عنه ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة اي لو كان لكل واحد من المدعيين على الحائط جذوع ثلثة فهو بينهما
لاستوائهما اي في اصل العلة وهو ان يكون لكل واحد منهما حمل مقصود يبنى الحائط لاجله وفي نصاب
الحجة وهو الثلثة لانها اقل الجمع ولا معتبر اي ولا اعتبار بالاكثر منها اي من الجذوع بعد الثلثة لان الزائد
من جنس الحجة فان الحائط يبنى للجذوع الثلثة كما يبنى لاكثر منها قال في معراج الدراية قوله ولا معتبر
بالاكثر منها اي من الثلثة اقول ـــ تعيين ليس بسديد اما اولا فلانه يقتضي ان يكون كلمة
من في قوله منها تفضيلية فيلزم اجتماع لام التعريف ومن التفضيلية في اسم التفضيل وهو لا يجوز على ما
عرف في موضعه واما ثانيا فلانه يستلزم ان يكون قوله بعد الثلثة لغوا لان ما هو الاكثر من الثلثة
لا يكون الا بعد الثلثة فالصواب ان كلمة من هنا تبيينية لا تفضيلية وان ضمير منها راجع الى الجذوع
كما اشرنا اليه فيما مر آنفا لا الى الثلثة فيصير المعنى ولا اعتبار بالاكثر الكائن من الجذوع بعد الثلثة
فلا يلزم شيء من المحذورين المذكورين وان كان جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو اي الحائط كله
لصاحب الثلثة وللآخر اي ولصاحب الجذع الواحد او الاثنين موضع جذعه في رواية وهي رواية
كتاب الاقرار من الاصل حيث قال ـــ فيه الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت
جذعه فالمراد به حق الوضع وقال ـــ في النهاية ثم اعلم ان هذا فيما اذا ثبت ملكه بسبب العلامة
وهي الجذوع الثلثة لا بالبينة اما اذا ثبت بالبينة كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع الواحد
من وضع جذعه على جداره كذا في المبسوط وغيره انتهى وفي رواية وهي رواية كتاب الدعوى من الاصل لكل
واحد منهما ما تحت خشبته حيث قال فيه ان الحائط بينهما على قدر الاجذاع وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب

الاقرار فتح وقال قاضي خان والصحيح ان ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى كذا
في التبيين للامام الزيلعي ثم قيل اي على هذه الرواية يعني اختلف المشائخ على رواية كتاب الدعوى في حكم ما
بين الخشب فقيل ما بين الخشب بينهما اي يكون بين المدعيين نصفين لاستوائهما في ذلك كما في الساحة المشتركة
بين صاحب بيت وصاحب بيوت على ما سيذكر وقيل على قدر خشبتهما اي وقيل ما بين الخشب يكون على
قدر خشبتهما اعتبارا لما بين الخشبات بما هو تحت كل خشبة ثم ان هذين القولين موافقان لما ذكر في
الذخيرة وقال في المبسوط في موضع القيل الاول واكثرهم على انه يقضي به لصاحب الكثير لان الحائط
يبنى للخشبات لا لخشبة واحدة والقياس ان يكون بينهما نصفين هذا ناظر الى قوله ولو لصاحب الثلثة
الى اخره يعني ان ذلك استحسان والقياس ان يكون الحائط بين صاحب الجذع والجذعين وبين صاحب
الثلثة نصفين وهو رواية عن ابي حنيفة رح كما ذكر في الكافي وغيره لانه لا معتبر اي لا اعتبار بالكثرة
في نفس الحجة يعني انهما استويا في اصل الاستعمال والزيادة من جنس الحجة والترجيح لا يقع بها كما
تقدم ولكنهم استحسنوا على الروايتين المذكورتين ولم يجعلوا بينهما نصفين كذا في العناية وغيرها وقوله
الثاني يعني وجه الرواية الثانية وهي قوله لكل واحد منهما تحت خشبته ولكن ذكر الثاني اما بتاويل
المصدر الذي هو الرواية بالفعل وان كان هو المشهور في نظائرها واما بتاويل الرواية بالنقل والقول
ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته والاستحقاق بحسب الاستعمال قال بعض الفضلاء لم يظهر
منه جواب وجه القياس اقول يظهر ذلك بالتامل فيه فان المراد ان الاستعمال من كل واحد
مختص بقدر خشبته وهو ما تحت خشبته لا يتعدى الى الغير فلم يكونا مستعملين لشيء واحد مع زيادة استعمال
في احدهما بل كان كل واحد مستعملا لما تحت خشبته فقط فكانت حجة كل واحد قائمة على غير ما قامت عليه
حجة الاخر فلم يكن الامر من قبيل الترجيح بالكثرة في نفس الحجة لان ذلك فيما اذا اتحد محل الحجتين وتوضيحه
ما ذكره صاحب النهاية حيث قال واما وجه رواية كتاب الدعوى ان الحائط اذا كان يستحق بوضع الجذوع
فذلك الموضع الذي هو مشغول بجذعه في يده حقيقة باعتبار الاستعمال وقد انعدم دليل الاستعمال
في الباقي فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبته لوجود سبب الاستحقاق له في ذلك الموضع فصار
هذا كالدار الواحدة اذا كان فيها احد عشر منزلا عشرة منها في يدي رجل وواحد في يدي رجل تنازعا
في الدار فانه يقضي لكل واحد منهما بما في يده كذا هنا انتهى ووجه الاول اي وجه الرواية الاولى وهي قوله فهو
لصاحب الثلثة وتذكير الاول لمثل ما ذكرناه في الثاني ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد
والمثنى بناء على ان الحائط يبنى للتسقيف والتسقيف لا يحصل بخشبة ولا بخشبتين وانما يحصل
بالخشبة والخشبتين الاسطوانة اي اسطوانتان فكان الظاهر شاهدا لصاحب الاكثر الا انه يبقى له
حق الوضع اي يبقى لصاحب الاقل حق وضع جذعه لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده يعني انا حكمنا

بالحائط

بالحائط لصاحب الاكثر بالظاهر وهو يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق فلا يستحق به صاحب الاكثر يد
صاحب الاقل حتى يرفع خشبته الموضوعة ومن الجائز ان يكون اصل الحائط لرجل ويثبت للاخر حق
الوضع فان القسمة لو وقعت على هذا الوجه كان جائزا ثم اعلم ان ما اختاره المصنف من جعل الجذعين
كالجذع الواحد هو قول بعض المشائخ باعتبار ان التسقيف بهما نادر كالجذع الواحد وقال بعضهم الخشبتان
بمنزلة الثلث لان التسقيف بهما كذا في العناية وغيرها ولو كان لاحدهما اتصال وللاخر جذوع
وفي بعض النسخ لاحدهما جذوع وللاخر اتصال فعلى الاول وقع في الدليل وجه الاول وعلى الثانية
وقع فيه وجه الثاني كذا في العناية وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من الشراح ما في النسخة الاولى
هو الصحيح ليكون الدليل موافقا للمدعى وما في الثانية ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك
الترتيب فكانهم لم يصلوا الى نسخة وقع في ذكر الدليل فيها وجه الثاني فتتبع فالاول اولى
وبه وجه الثاني اولى لان صاحب الجذوع المتصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى لانه المقصود
باليد كذا في الكافي ولان التصرف لا يكون بدون اليد واليدان اذا تعارضتا سلم التصرف عن المعارض
فصلح مرجحا كذا في شرح تاج الشريعة ورجح هذه الرواية شمس الائمة السرخسي وجه الاول وفي بعض
النسخ وجه الثاني ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء
بكله اقول يرد عليه منع قوله ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله لجواز ان يقضي
ببعض الشيء الواحد لرجل وببعضه الاخر لرجل آخر اما بالتجزية ان قبل القسمة او بالشيوع ان لم يقبلها
كيف ولو اثبت صاحب الجذوع بالبينة كون الحائط المتنازع فيه ملكه قضي له به بلا شبهة مع بقاء
الحائط الاخر في ملك صاحب الاتصال فلو تمت تلك الضرورة لما جاز هذا القضاء فكان صاحب العناية تنبه
لهذا وقصد دفعه فعلل قول المص ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله بقوله لعدم القائل
بالاشتراك ولكن يرد عليه ايضا انه ان اراد بعدم القائل بالاشتراك عدم القائل به من المتنازعين
فمسلم لان صاحب الجذوع قائل به فانه يدعي ان الحائط المتنازع فيه له ويعترف بان الحائط الاخر
المتصل به لصاحب الاتصال فيصير البناء المركب من هذين الحائطين مشتركا بينهما عنده وان اراد به
عدم القائل به من المجتهدين فممنوع ايضا كيف فان من يقول بكون الحائط المتنازع فيه لصاحب الجذوع
على ما هو موجب احدى الروايتين يقول بكون البناء المركب من هذا الحائط والحائط المتصل به مشتركا
بين صاحب الجذوع وصاحب الاتصال قطعا ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه اي على رواية ان الحائط
المتنازع فيه لصاحب الاتصال لما قلنا اشارة الى قوله لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده حتى
قالوا لو ثبت ذلك بالبينة امر برفع الجذوع لكون البينة حجة مطلقة صالحة للدفع والاستحقاق
وهذه اي هذه الرواية ان صاحب الاتصال اولى رواية الطحاوي وصححها الجرجاني وهو الفقيه ابو عبد الله

المرشد ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا قبل
وضع الاخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ كذا ذكره الامام الزيلعي في التبيين ثم اعلم ان الاتصال الذي
وقع الاختلاف في ترجيح صاحبه على صاحب الجذوع او على العكس هو الاتصال الذي وقع في احد طرفي
الحائط المتنازع فيه واما اذا وقع اتصال التربيع في طرفيه فصاحب الاتصال اولى وعلى هذا عامة
المشايخ كذا في النهاية نقلا عن الفوائد الظهيرية وقال في الذخيرة واذا كان الاتصال في طرف واحد ذكر شيخ
الاسلام ان صاحب الاتصال اولى وبه اخذ الطحاوي والشيخ الفقيه ابو عبد الله المرشد وذكر شمس
الائمة السرخسي ان صاحب الجذوع اولى وقال فيها قبل هذا فان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع
فيه فصاحب الاتصال اولى وعليه عامة المشايخ وهكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله في الامالي كذا في
النهاية وغيرها قال اي محمد في الجامع الصغير واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات
وفي يد الاخر بيت فالساحة بالحاء المهملة وهي عرصة في الدار او بين يديها كذا في معراج الدراية بينهما
نصفان لاستوائهما في استعمالها اي استعمال الساحة وهو المرور فيها ووضع الامتعة وصب
الوضوء وكسر الحطب وما اشبه ذلك فلما كانا في ذلك سواء كانا في استحقاق الساحة ايضا سواء ولا يجعل
مرور صاحب القليل اكثر من مرور صاحب الكثير لما ان صاحب الكثير وكون صاحب القليل ولا جا وخارجا
على انا نقول الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة فصار هذا كالطريق يستوي فيه صاحب
الدار والمنزل والبيت وان كان بعضها اكثر من بعض وهذا لان الاستحقاق باعتبار اصل
اليد كذا في النهاية ومعراج الدراية اخذا من الكافي فان طولب بالفرق بين ما اذا تنازعا في ثوب
في يد احدهما جميع الثوب وفي يد الاخر هدبه حيث يلغى صاحب الهدب وما اذا تنازعا في مقدار الشرب
حيث يقسم بينهما على قدر الاراضي وبين ما نحن فيه حيث جعلت الساحة بينهما مشتركة اجيب
بان الهدب ليس بثوب لكون الثوب اسما للمنسوج فكان جميع المدعى في يد احدهما والاخر كالاجنبي
عنه في الثاني والشرب يحتاج اليه الاراضي دون الابواب فبكثرة الاراضي كثر الاحتياج الى الشرب
فيستدل به على كثرة حق له فيه واما في الساحة فالاحتياج للابواب وهما فيه سواء فاستويا
في الاستحقاق فصار هذا نظير تنازعهما في سعة الطريق وضيقه حيث يجعل بينهما على قدر عرض
باب الدار كذا في العناية والى هذا اشار الامام المحبوبي والامام التمرتاشي كما صرح به في النهاية
ومعراج الدراية قال اي محمد في كتاب القضاء من الجامع الصغير واذا ادعى الرجلان ارضا
يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما
اقول في عبارة الكتاب ههنا مسامحة وكان الظاهر ان يقال حتى يقيم البينة انها في
يده لان القضاء بانها في يد واحد منهما انما يتوقف على اقامة واحد منهما البينة انها في يده

لا على اقامتهما البينة انها في ايديهما وانما المتوقف عليها القضاء بانها في ايديهما معا كما لا
يخفى وسينجلي من التفصيل الاتي في الكتاب ولقد احسن صاحب الكافي ههنا حيث قال لم يقض بانها في يد
احدهما الا بالبينة انتهى فان هذه كلمة جامعة ههنا لان اليد فيها اي في الارض غير مشاهدة
لتعذر احضارها فقد غاب عن علم القاضي وما غاب عن علم القاضي اي والذي غاب عن علمه فالبينة
عليه فلا بد من اقامة البينة عليه حتى يمكن القضاء به ولانه ربما ان تكون في يد غيرهما ولو قضى
لهما او لاحدهما باليد لا يبطل حق صاحب اليد بلا حجة وانه لا يجوز كذا في الكافي قال في الفوائد
الظهيرية ههنا مسئلة غفل عنها القضاة وهي انه لو ادعى ارضا والمدعى عليه يزعم انها في يده
واقام المدعي بينة على الملك فالقاضي لا يقضي ببينته لجواز ان تكون الارض في يد ثالث والمدعي
والمدعى عليه تواضعا على ذلك وهذه حيلة ليجعلها القاضي في يد احدهما فما لم يثبت كون الارض
في يد المدعى عليه بالبينة لا يقضي له لانه يمنع المقر من ان يزاحم المقر له فيها لان اقراره حجة
في حقه كذا في معراج الدراية فان اقام احدهما البينة اي على انها في يده جعلت في يده لقيام الحجة
ويجعل الاخر خارجا كذا في الكافي وغيره فان قيل البينة تقام على الخصم واذا لم يثبت كونها في
يد الاخر لا يكون خصما فكيف يقضي للذي اقام البينة قلنا هو خصم باعتبار منازعته في اليد
ومن كان خصما للغير باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينته مقبولة كذا في غاية البيان
وقال صاحب العناية وقد اشار الى ذلك بقوله لان اليد حق مقصود يعني فيجوز ان يكون
مدعيه خصما انتهى فان اقاما البينة اي على انها في ايديهما جعلت في ايديهما لما بينا
اشارة الى قوله لقيام الحجة وذكر الامام التمرتاشي فان طلب كل واحد منهما يمين صاحبه ما هي
في يده حلف كل واحد منهما ما هي في يد صاحبه على البتات فان حلفا لم يقض لهما باليد وبرئ
كل واحد منهما عن دعوى صاحبه وتوقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا قضي لكل واحد
بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما قضي عليه بكلها للحالف نصفها الذي كان في يده
ونصفها الذي كان بيد صاحبه لنكوله كذا في الشروح فلا تستحق بصيغة المجهول اي فلا
تستحق اليد لاحدهما من غير حجة قال بعض الفضلاء لا يخفى عليك ان هذا الكلام في غير
محله انتهى اقول انما يكون كذلك لو كان متفرعا على قوله وان اقاما البينة الخ اذ لا ارتباط
بينهما او على قوله لان اليد حق مقصود اذ يلزم الفصل بينهما باجنبي واما اذا كان متفرعا على
مجموع ما ذكر في مسئلتنا هذه من قوله واذا ادعى الرجلان ارضا الى هنا بان كان فذلكة
الكلام في هذا المقام فقد كان في محله كما لا يخفى فان كان احدهما قد لبن في الارض او بني
او حفر يعني اذا ادعى كل واحد منهما ارضا صحراء انها في يده وواحد منهما لبن فيها او بنى او حفر

فهى فى يده لوجود التصرف والاستعمال ومن ضرورة ذلك اثبات اليد كالركوب على الدابة
واللبس فى الثياب كذا ذكره فخر الاسلام

باب دعوى النسب

لما فرغ عن بيان دعوى الاموال شرع فى بيان دعوى النسب وقدم الاول لانها اكثر وقوعا كما
اشتهر ذكرا قال اى القدورى فى مختصره واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع اعلم
ان صاحب العناية قصد بيان ضابطة جنس هذه المسائل فى ابتداء الكلام فقال اخذا من غاية
البيان اعلم ان البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشترى فاما ان جاءت به لاقل من
ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه على اربعة اوجه
اما ان ادعى البائع وحده او المشترى وحده او ادعياه معا او على التعاقب انتهى اقول
يرد عليه اختلال من وجهين الاول انه قسم ادعاء البائع او المشترى ولد الجارية المبيعة
الى ثلثة اوجه وهى ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت البيع او لاكثر من سنتين
او لما بين المدتين وقسم كل وجه منها الى اربعة اوجه وهى ان ادعى البائع وحده او المشترى
وحده او ادعيا معا او على التعاقب فيلزم منه ان يكون الشئ قسم قسيمه حيث جعل ادعاء
البائع او المشترى مقسما ثم جعله قسما من كل واحد من اقسامه الثلثة والثانى ان كلمة او
الداخلة على المشترى فى قوله اذا البائع اذا ادعى ولد الجارية المبيعة او المشترى [illegible]
ادعائهما معا او على التعاقب فى المقسم فكيف يجعل هذان الوجهان داخلين فى اقسام
اقسامه ويمكن ان يتمحل عن الاول بان المقسم ادعاء البائع او المشترى مطلقا اى اعم من
ادعاء احدهما منفردا ومن ادعائه منضما الى الآخر بالمعية او التعاقب وقسم القسم
هو ادعاء احدهما وحده او ادعاؤهما معا او على التعاقب فيكون قسم القسم اخص من المقسم لا عينه
وعن الثانى بان يحمل كلمة او المذكورة على منع الخلو دون منع الجمع والاولى عندى فى بيان الضابطة
هنا ان يقال اعلم ان الجارية اذا بيعت فجاءت بولد فاما ان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من وقت البيع او لاكثر من سنتين او لما بين المدتين وكل وجه منها اى الاوجه الثلثة على اربعة
اوجه اما ان ادعى ذلك الولد البائع وحده او المشترى وحده او ادعياه معا او على التعاقب
فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فقد ادعاه البائع وحده كما هو فى الكتاب
فهو اى الولد ابن البائع وامه اى ام الولد ام ولد له اى للبائع وفى القياس وهو قول زفر
والشافعى دعوته اى دعوة البائع باطلة لان البيع اعتراف منه اى من البائع بانه
اى الولد عبد فكان اى البائع فى دعواه متناقضا والتناقض يبطل الدعوى فلا تسمع
دعواه كما لو قال كنت اعتقتها او دبرتها قبل ان ابيعها ولا نسب بدون الدعوى

اى ولا ثبوت للنسب بدون الدعوى الصحيحة وجه الاستحسان اى وجه الاستحسان الذى نعمل به فى
هذه المسئلة ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه يعنى انا تيقنا باتصال العلوق
بملك البائع وهذه شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع لان الظاهر عدم الزنا فنزل ذلك منزلة البينة
فى ابطال حق الغير عنها او عن ولدها ومبنى النسب على الخفاء هذا جواب عن التناقض وبيانه ان
الانسان قد لا يعلم ابتداء بكون العلوق منه ثم يتبين انه منه فيعفى فيه التناقض اى لا يمنع صحة
الدعوى كما ان الزوج اذا اكذب نفسه بعد قضاء القاضى بنفى النسب باللعان يثبت منه النسب
ويبطل حكم الحاكم ولا ينظر الى التناقض لمكان الخفاء فى امر العلوق وصار كالمكاتب اذا اقام البينة ان
مولاه كان اعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته وتبطل الكتابة ولا يعتبر التناقض لخفاء الاعتاق
حيث ينفرد المولى به وكالمختلعة اذا اقامت البينة ان الزوج كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فان بينتها
تقبل مع التناقض لخفاء الطلاق حيث ينفرد الزوج به بخلاف دعوى البائع الاعتاق او التدبير
بعد البيع فان كل واحد من الاعتاق والتدبير فعل نفسه فلا يخفى عليه كذا حققوا واذا صحت
الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا
يجوز ويرد الثمن اى ان كان منقودا لانه قبضه بغير حق فان سلامة الثمن مبنية على سلامة
المبيع كذا فى الكافى وان ادعاه المشترى وحده صحت دعوته وثبت النسب منه لان دعوته
دعوة تحرير والمشترى يصح منه التحرير فكذا دعوته لحاجة الولد الى النسب والى الحرية
ويثبت لها امية الولد باقراره ثم لا يصح من البائع دعوته لان الولد قد استغنى عن النسب لما ثبت
نسبه من المشترى كذا فى العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول صحة التحرير من المشترى
ظاهرة لان الجارية مملوكته فى الحال فيملك اعتاقها واعتاق ولدها كما صرح به فى النهاية وغيرها
واما صحة دعوته لحاجة الولد الى النسب فمشكلة بما مر فى وجه الاستحسان من انا تيقنا
باتصال العلوق بملك البائع شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع فان محض حاجة الولد الى النسب
كيف يفيد ثبوت النسب من المشترى عند تحقق الشهادة الظاهرة على خلاف ذلك ويمكن ان
يجاب بان تيقننا باتصال العلوق بملك البائع انما يكون شهادة ظاهرة على كون الولد من البائع
اذا ادعاه البائع واما اذا لم يدعه البائع فلا لجواز ان يكون الولد من غيره بالنكاح فاذا ادعاه
المشترى وحده يحمل على كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء لحاجة الولد الى النسب فصار علة
صحة دعوة المشترى وثبوت النسب منه فى هذه الصورة حاجة الولد الى النسب مع امكان
كونه منه بالنكاح قبل الاشتراء ويؤيد هذا ما ذكره صدر الشريعة فى شرح الوقاية حيث قال
متى لو ادعى المشترى قبل دعوة البائع يثبت النسب من المشترى ويحمل على ان المشترى نكحها

واستولدها ثم اشتراها انتهى وان ادعاه المشترى مع دعوة البائع او بعده اى بعد دعوة البائع ذكر الضمير
تاويل الادعاء فدعوة البائع اولى لانها اسبق اما اذا كانت قبل دعوة المشترى فالامر ظاهر واما اذا مع دعوة
المشترى فلما اشار اليه بقوله لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد يعنى ان دعوة البائع تستند
الى وقت العلوق لانها دعوة استيلاد ودعوة المشترى تقتصر على الحال لانها دعوة تحرير فكانت دعوة البائع
سابقة معنى فكانت اولى ثم انه ضمن قوله وهذه دعوة استيلاد الجواب عن دخل مقدر تقريره كيف تصح دعوة
البائع وهو غير مالك فى الحال وجه الجواب ان دعوته دعوة استيلاد وهى لا تفتقر الى قيام الملك فى الحال لانها تستند
الى زمان الملك بخلاف دعوة التحرير على ما سيجئ وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة
البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة يعنى ان الشاهد على كون الولد منه انما هو اتصال
العلوق بملكه تيقنا ولم يوجد ذلك ههنا فلم تصح دعوته الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد
بالنكاح حملا لامره على الصلاح وقول المشترى على الصدق ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن فى ملكه
فلا يثبت حقيقة العتق اى للولد ولا لاعتراء ولا يثبت حق العتق وامومية الولد للام فيبقى الولد عبد
المشترى ولا تصير الام ام ولد للبائع كما ادعاه اجنبى آخر كذا فى الكافى وغيره وهذه اى دعوة البائع ههنا
دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله اى ليس من اهل التحرير والبائع ليس بمالك فلا يصح دعوة التحرير منه
اعلم ان الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد هى ان يكون علوق المدعى
فى ملك المدعى وهذه الدعوة تستند الى وقت العلوق وتتضمن الاقرار بالوطئ فيتبين انه علق
حرا ودعوة التحرير ان يكون علوق المدعى غير ملك المدعى وهذه الدعوة تقتصر على الحال ولا تتضمن
الاقرار بالوطئ لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت العلوق كذا فى البدائع وان ادعاه المشترى مع
هذا الوجه صحت دعوته وان ادعياه معا او متعاقبا فتصح دعوة المشترى دون البائع لانه كالاجنبى
كذا فى العناية وغيرها وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة
البائع فيه اى فى هذا الوجه الا ان يصدقه المشترى لانه احتمل ان لا يكون العلوق فى ملكه اى فى ملك
البائع فلم توجد الحجة وهى اتصال العلوق بملكه تيقنا فلا بد من تصديقه اى تصديق المشترى اياه واذا
صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما فى المسئلة الاولى وهى ان جاءت به
لاقل من ستة اشهر من يوم باع لتصادقهما واحتمال العلوق فى الملك وان ادعاه المشترى وحده
فى هذا الوجه صح دعوته لان دعوته صحيحة حالة الانفراد فيما لا يحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمله اولى
ويكون دعوته دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق فى ملكه
ممكن وان ادعياه معا او متعاقبا فالمشترى اولى لان البائع فى هذه الحالة كالاجنبى وهذا الذى
ذكر كله اذا كانت مدة الولادة بعد البيع معلومة اما اذا لم يعلم انها جاءت بالولد لاقل من اقل مدة الحمل

اولاكثر

اولاكثر من اكثرها اولا بينهما فالمسئلة على اربعة اوجه ايضا فان ادعاه البائع وحده لا تصح دعوته الا ان
يصدقه المشترى لعدم تيقن العلوق فى ملكه وان ادعاه المشترى وحده صح دعوته لان الكثر مافى الباب كون
العلوق فى ملك البائع بان جاءت به لاقل من ستة اشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشترى وان ادعياه معا
لم تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشترى لانها ان جاءت به لاقل المدة كان النسب للبائع وان جاءت
به لاكثر من اقل المدة كان النسب للمشترى فوقع الشك فى ثبوته فلا يثبت وان ادعياه متعاقبا فان سبق
المشترى صحت دعوته وان سبق البائع لم تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى ثبوت النسب من كل واحد منهما
كذا فى غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهرزاده وكذا فى العناية قال فى الكافى ولو تنازعا فالبينة
للمشترى اى اذا باع امة فولدت عند المشترى فقال البائع بعتها منك منذ شهر والولد منى وقال المشترى
بعتها منى لاكثر من ستة اشهر والولد ليس منك فالقول للمشترى بالاتفاق لان البائع يدعى انتقاض
البيع والمشترى ينكر فان اقاما البينة فالبينة للمشترى ايضا عند ابى يوسف لانه اثبت زيادة
مدة فى الشرى وعند محمد البينة للبائع لانه يثبت نسب الولد واستيلاد الامة وانتقاض
البيع فكان اكثر اثباتا انتهى فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة
اشهر اى والحال انها جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد فى الام هذا لفظ
القدورى قال المصنف تعليله لانها اى لان الام تابعة للولد اى فى هذا الباب على ما يجئ بيانه فلم
يثبت نسبه اى نسب الولد بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك اى لعدم حاجة الولد الى النسب بعد الموت
فلا يتبعه استيلاد الام لعدم تصور ثبوت الحكم فى التبع بدون ثبوته فى المتبوع وان ماتت الام
فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب فى الولد واخذه البائع هذا ايضا
لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف تعليله لان الولد هو الاصل فى النسب فلا يضره فوات
التبع يعنى ان الولد لما كان هو الاصل كان المعتبر بقاؤه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره
فوات التبع لان تعذر الفرع لا يبطل الاصل بخلاف العكس وانما كان الولد اصلا لانها اى لان
الام تضاف اليه اى الى الولد حيث يقال ام الولد والاضافة الى الشئ امارة اصالة المضاف اليه
وتستفيد الحرية من جهته عطف على تضاف اليه اى وتستفيد الام الحرية من جهة الولد لقوله
عليه السلام اعتقها ولدها قاله حين قيل له وقد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى
الله عليه وسلم الا تعتقها والثابت لها اى ولان الثابت للام حق الحرية وهو امومية الولد
وله اى والثابت للولد حقيقتها اى حقيقة الحرية والادنى يتبع الاعلى انما دون العكس فحق الحرية
الذى هو الادنى يتبع حقيقة الحرية التى هى الاعلى دون العكس ويرد الثمن كله فى قول ابى حنيفة رحمه الله
وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وهذا من تمام لفظ القدورى الذى ذكرناه آنفا قال المصنف

لانه تبين انه باع ام ولده اى تبين بثبوت نسب الولد من البائع انه باع ام ولده وبيعها باطل
وماليتها اى ولكن مالية ام الولد غير متقومة عنده اى عند ابى حنيفة فى العقد والغصب فلا يضمنها
المشترى وعندهما اى عند ابى يوسف ومحمد متقومة فيضمنها اى فيضمنها المشترى فاذا رد الولد
دونها يجب على البائع رد حصته ما سلم له وهو الولد كيلا يجتمع البدل والمبدل والمبدل ولا يجب عليه
رد حصة ما لم يسلم له وهى الام قال الامام الزيلعى فى التبيين بعدما بين المقام بهذا المنوال هكذا ذكرها
الحكم فى قولهما وكان ينبغى ان يرد البائع جميع الثمن عندهما ايضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت
نسب الولد منه تبين انه باع ام ولده وبيع ام الولد غير صحيح بالاجماع ولا يجب فيه الثمن ولا يكون
لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين رد ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله
انتهى فتامل وفى الجامع الصغير ذكر دعاية الجامع الصغير اعلاما بان حكم الاعتاق فيما نحن فيه حكم
الموت واذا حبلت الجارية فى ملك رجل فباعها فولدت فى يد المشترى فادعى البائع الولد وقد اعتق
المشترى الام فهو ابنه اى فالولد ابن البائع يرد عليه بحصته من الثمن اى يرد على البائع بحصة الولد
من الثمن الذى كان نقده البائع فيقسم الثمن على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الولد يوم الولادة
فما اصاب الام يلزم المشترى وما اصاب الولد يسقط عنه ولا تصير الجارية ام ولد للبائع لانه
ثبت فيها للمشترى ما لا يحتمل الابطال وهو الولاء كذا فى الشروح وسائر المعتبرات ولو كان المشترى
انما اعتق الولد فدعوته اى دعوة البائع باطلة اى اذا لم يصدقه المشترى فى دعواه كذا فى الشروح
ووجه الفرق انما ذكره استظهارا اذ قد كان معلوما من مسئلة الموت ان الاصل فى هذا الباب الولد
قال صاحب النهاية اى الاصل فى باب ثبوت حق العتق للام بطريق الاستيلاد هو ثبوت حقيقة
العتق للولد بالنسب انتهى وقد اقتفى اثره فى هذا التفسير صاحب معراج الدراية وصاحب العناية
اقول لا يخفى ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ والمعنى فالاوجه فى التفسير ان يقال اى الاصل
فى باب الدعوى والاستيلاد هو الولد والام تابعة له على ما مر فى مسئلة الموت آنفا وفى الفصل الاول
وهو ما اذا ادعى البائع الولد وقد اعتق المشترى الام وفى بعض النسخ وفى الوجه الاول قام المانع
من الدعوى والاستيلاد وهو اى المانع منهما العتق فى التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته اى ثبوت
ما ذكر من الدعوى والاستيلاد فى الاصل وهو الولد لان امتناع الحكم فى التبع لا يوجب امتناعه
فى الاصل فان قيل اذا لم يمتنع ثبوت الدعوى والاستيلاد للبائع فى الولد ثبت نسب الولد من
البائع لكون العلوق فى ملكه بيقين لان الكلام فيما اذا حبلت الجارية فى ملك البائع ومن حكم ثبوت
نسب الولد صيرورة امه ام ولد للبائع فينبغى ان يبطل البيع واعتاق المشترى اجاب بقوله
وليس من ضرورته اى وليس ثبوت الاستيلاد فى حق الام من ضرورات ثبوت نسب الولد ومن

يعنى ان ذلك وان كان من احكامه الا انه ليس من ضروراته بحيث لا ينفصل عنه لجواز انفكاكه عنه كما فى ولد
المغرور وهو ولد من يطاء امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق كذا ذكره المص فيما سيجئ
فى آخر هذا الباب فانه اى ولد المغرور حر اى حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه امة لمولاها فلا
تصير ام ولد للمستولد بل تكون رقيقة حتى تباع فى السوق وكما فى المستولدة بالنكاح يعنى اذا تزوج جارية
الغير فولدت له يثبت نسب الولد ولا يثبت امية الولد كذا فى غاية البيان وفيه نظر لما ذكره صاحب الكافى
حيث قال وكما فى المستولدة بالنكاح فانه اذا استولد امة الغير بنكاح يثبت نسبه ولا تصير الامة ام ولد
انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال لكن اذا استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير
الجارية ام ولد له للحال الا ان يملكها بوجه من الوجوه انتهى قال صاحب النهاية والعناية فى شرح قول
المص وكما فى المستولدة بالنكاح بان تزوج امراة على انها حرة فولدت فاذا هى امة انتهى اقول
هذا المعنى ههنا غير صحيح لان الصورة التى ذكراها قسم من قسمى ولد المغرور كما سيظهر مما ذكره المص
فى آخر هذا الباب ونبهت عليه فيما مر آنفا فلا وجه لان يذكرها المص فى مقابلة ولد المغرور كما لا يخفى
فان قلت ان صاحبى النهاية والعناية فسرا ولد المغرور فى قول المص كما فى ولد المغرور بقولهما وهو
ما اذا اشترى الرجل امة من رجل يزعم انها ملكه فاستولدها ثم استحقت انتهى فح يكون المراد بولد المغرور
فى كلام المص احد قسميه وهو ما حصل بالاعتماد على ملك اليمين وبالمذكور فى مقابلته قسمه الآخر وهو
ما حصل بالاعتماد على ملك النكاح فلا محذور قلت ذلك التفسير منهما تقصير آخر فانه مع كونه
تقييدا للكلام المطلق بلا مقتض له مؤد الى تقليل الامثلة فى مقام يطلب فيه التكثير فلا يندفع به
المحذور بل يتاكد وفى الفصل الثانى وهو ما اذا اعتق المشترى الولد ثم ادعاه البائع قام المانع بالاصل
وهو الولد فيمتنع ثبوته اى ثبوت ما ذكر من الدعوى والاستيلاد فيه اى فى الاصل وفى التبع لان امتناع
الحكم فى الاصل يوجب امتناعه فى التبع ايضا وانما كان الاعتاق مانعا قال متقدموا الشراح اى وانما
كان اعتاق المشترى الولد مانعا الدعوى البائع اياه وقال صاحب العناية اخذا منهم قوله وانما كان الاعتاق
مانعا بيان لمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب بدعوة البائع انتهى اقول هذا بيان لمانعية
عتق الام عن ثبوت الاستيلاد فى حقها بدعوة البائع ولمانعية عتق الولد عن ثبوت النسب فى حقه
بدعوة البائع ايضا فالمعنى انما كان اعتاق المشترى الام او الولد مانعا عن دعوة الاستيلاد ودعوة
النسب فيشمل الفصلين معا كما ينادى عليه عبارات المص فى اثناء البيان على ما ترى فما ذهب اليه
الشراح تخصيص البيان بالفصل الثانى وهو تقصير فى حق المقام وشرح الكلام لانه اى لان الاعتاق
لا يحتمل النقض كحق استلحاق الولد وحق الاستيلاد يعنى ان الاعتاق من المشترى كحق استلحاق
النسب من البائع فى الولد وحق الاستيلاد من البائع فى الام فان كل واحد منهما لا يحتمل النقض

وانا قلت فى تقرير الجواب يعنى ان ذلك وان كان من احكامه ليكون الجواب
تاما بالنظر الى المقدمة الماخوذة فى تقرير السوال القائلة ومن حكم ثبوت نسب الولد صيرورة امه ام ولد للبائع ولم
يتدارك صاحب العناية وقد تدارك صاحب النهاية الا انه ذكر السوال والجواب باذ قلت فلت من غير اضافة الجواب
الى المص فان شئت فارجع الى النهاية والعناية منه

المذكور هنا عبارة الغاية آخرها الا انه والمعنى واحد منه

وقد وقع التوارد بينى وبين بعض الفضلاء فى اصل هذا السوال و...
لسنة ان ارى ما كتبه منه

ثم صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب غاية البيان والمذكور لفظ صاحب النهاية منه

فاستويا اي استوى اعتاق المشتري وهو البائع استلحاقا واستيلادا من هذا الوجه اي من حيث انهما لا
يحتملان النقض فليس لفعل احدهما ترجيح على فعل الآخر من هذا الوجه قال صاحب العناية ورد بما اذا باع
جارية حبلى فولدت ولدين في بطن واحد لاقل من ستة اشهر فاعتق المشتري احدهما ثم ادعى البائع الولد
الآخر صحت دعوته فيهما جميعا حتى يبطل عتق المشتري وذلك نقض للعتق كما ترى واجيب بان التوأمين
في حكم ولد واحد فمن ضرورة ثبوت نسب واحد منهما والحكم بصيرورته حر الاصل ثبوت النسب الآخر
ولقائل ان يقول اذا كان كذلك وقد ثبت العتق في احدهما فمن ضرورة ثبوت العتق في احدهما ثبوته في
الآخر والا لزم ترجيح الدعوة على العتق وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بانه ان ثبت
العتق في الآخر لزمه ضمان قيمته وفي ذلك ضرر زائد انتهى قوله السؤال الاول وجوابه
مما ذكره بعض الشراح ايضا ولهما وجه وجيه واما السؤال الثاني وجوابه فمن مخترعاته وليسا بشيء اما
السؤال فلان مراد المجيب عن السؤال الاول ان التوأمين في حكم ولد واحد في باب النسب بناء على ان مدار
النسب على العلوق وعلوقهما واحد لكونهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر ليس
مراده انهما في حكم ولد واحد في جميع الاحوال حتى يتوجه السؤال كيف ومدار العتق على الرقبة ولا شك ان رقبتهما
متغايرتان فما يترتب على احديهما لا يلزم ان يترتب على الاخرى كما لا يخفى واما الجواب فلانا لا نسلم انه
ان ثبت العتق في الآخر لزم الآخر ضمان قيمته كما اذا اعتق المولى بعض عبده على قول ابي حنيفة حيث يلزم العبد
عنده ضمان قيمة بعضه الآخر اي السعاية في بقية قيمته لمولاه فلا نسلم ان في ذلك ضررا زائدا اذ الضمان في
مقابلة العتق لا يعد ضررا اصلا ولئن سلم ذلك فيعارض بالنسب فانه اذا ثبت النسب في الآخر لزم البائع
ضمان ثمنه اي رد حصته من الثمن على المشتري فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد وان اراد انه ان ثبت
العتق في الآخر لزم المشتري ضمان قيمته اي تلاف قيمته فيعارض بالنسب ايضا قطعا فانه اذا ثبت
النسب في الآخر لزم البائع ضمان حصته من الثمن كما يلزم المشتري على تقدير ثبوت العتق في الآخر ضمان
قيمته فيلزم ان يتحقق هناك ايضا ضرر زائد فلا يتصور الترجيح في صورة التوأمين ايضا والغرض
خلافه ثم اقول بدل السؤال الثاني وجوابه ولقائل ان يقول اذا كان الحكم في التوأمين
كذلك كان عتق المشتري مما يحتمل النقض وهو المطلوب والغرض خلافه ويمكن ان يجاب عنه بان
مرادنا من قولنا العتق لا يحتمل النقض انه لا يحتمل قصدا واللازم في مسئلة التوأمين احتمال النقض ضمنا
وكم من شيء لا يثبت قصدا ويثبت ضمنا وسيجيء في الكتاب هذا الفرق بين المسئلتين ثم ان صاحب العناية
قال بعدما سبق من سؤاله الثاني وجوابه فان عورض بان البائع اذا ادعى النسب الذي عنده كان ذلك سعيا
في نقض ما تم من جهته اجيب بانه غير مقصود فلا معتبر به انتهى قوله فيعارض بان الضرر الزائد
الذي يلزم على تقدير ثبوت العتق في الآخر غير مقصود ايضا فلا معتبر به ايضا فلا يخلو الجواب

غير معارضة

معارضة ثم تم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق يريد بيان رجحان ما في جانب المشتري بان الثابت
من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض
الحقيقة لان الحقيقة اقوى من الحق قال صاحب العناية ونوقض بالمالك القديم مع المشتري من العدو
فان المالك القديم يأخذه بالقيمة وان كان له حق الملك وللمشتري حقيقته واجيب بانه ليس بترجيح بل
هو جمع بينهما وفيه نظر لان الغرض ان الحقيقة اولى فالجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح و
يمكن ان يجاب عنه بان هذه الحقيقة فيها شبهة لان مبناها على تملك اهل الحرب ما استولوا عليه
من اموالنا بدارهم وهو مجتهد فيه فانحطت عن درجة الحقائق فقلنا يأخذه بالقيمة جمعا بينهما انتهى
اقول النقض مع جوابه مما ذكره الشارح تاج الشريعة ولهما وجه صحيح واما النظر مع جوابه
فمن عند نفسه وليسا بصحيحين اما النظر فلانا لا نسلم ان مجرد الجمع بينهما تسوية بين الراجح والمرجوح
الا يرى انا نجمع بين الفرائض والواجبات والمستحبات في العمل مع تقرر بقاء رجحان
البعض على البعض بحاله وانما يظهر اثر الرجحان عند تعارض الراجح والمرجوح بان لا يمكن العمل
بهما والجمع بينهما كما لا يخفى واما الجواب فلان المجتهد بخلافنا في مسئلة تملك اهل الحرب ما
استولوا عليه من اموالنا بدارهم هو الشافعي وهو متأخر الزمان عن اجتهاد ائمتنا فكيف
يوقع اجتهاده شبهة فيما اجتهدوا فيه حتى تنحط بها هذه الحقيقة عن درجة الحقائق عند
ائمتنا فيصح بناء الجواب عليه والتدبير بمنزلة الاعتاق اي في الحكم المذكور وكذا الاستيلاد بمنزلته
في ذلك الحكم على ما صرح به صاحبا النهاية ومعراج الدراية في صدر مسئلتنا هذه نقلا عن الامام التمرتاشي
لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وهو عدم جواز النقل من ملك الى ملك وقوله
في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما يعني ان ما ذكر في الجامع الصغير من قوله وفي
عتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن وهو قول ابي يوسف ومحمد وعنده
اي عند ابي حنيفة يرد بكل الثمن وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قوله هو الصحيح احتراز
عما ذكره شمس الائمة في المبسوط والامام قاضي خان والامام المحبوبي في الجامع الصغير انه
يرد بما يخص الولد من الثمن لا بكل الثمن عند ابي ح ايضا بخلاف فصل الموت وذكروا الفرق
بينهما بان في الاعتاق كذب القاضي البائع فيما زعم انها ام ولده حين جعلها معتقة المشتري
او مدبرته فلم يبق لزعمه عبرة اما في فصل الموت فبموتها لم يجيء الحكم بخلاف ما زعم البائع فبقي
زعمه معتبرا في حقه فرد جميع الثمن ثم اعلم ان الذي اختاره المص وصححه هو ما ذكره شمس الائمة
في الجامع الصغير بناء على ان ام الولد لا قيمة لها ولكن قالوا انه مخالف لرواية الاصول كيف
يسترد كل الثمن والبيع لم يبطل في الجارية ولهذا لم يبطل اعتاق المشتري فان قيل ينبغي

ان لا يكون للولد حصة من الثمن لحدوثه بعد قبض المشتري ولا حصة للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد انما
حدث بعد القبض من حيث الصورة واما من حيث المعنى فهو حادث قبل القبض لثبوت علوقه في ملك البائع ولهذا كان
للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري واذا كان كذلك فله حصة من الثمن اذا استهلكه
البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة كذا في الشروح قال اي محمد في الجامع الصغير ومن باع عبدا وُلد
عنده اي كان اصل العلوق في ملكه وباعه المشتري اي باعه المشتري من اخر ثم ادعاه البائع الاول فهو
ابنه اي الولد ابن البائع الاول ويبطل البيع اي ويبطل البيع الاول والثاني لان البيع يحتمل النقض
وماله اي وما للبائع من حق الدعوة لا يحتمله اي لا يحتمل النقض فينتقض البيع لاجله اي لاجل ما للبائع
من حق الدعوة قال المص وكذلك اي وكحكم المسئلة السابقة الحكم اذا كاتب الولد اي اذا كاتب
المشتري الولد او رهنه او آجره او كاتب الام اي كاتب المشتري الام فيما اذا اشتراها مع ولدها
او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة اي ثم وجدت دعوة البائع لان هذه العوارض تحتمل
النقض كالبيع فينتقض ذلك كله اي فينتقض تلك العوارض كلها وذكر اسم الاشارة والضمير بتأويل
ما ذكر وتصح الدعوة لكونها مما لا يحتمل النقض واعلم ان هذه المسائل من مسائل المبسوط ذكرها
المص تفريعا على مسئلة الجامع الصغير بخلاف الاعتاق والتدبير فانهما لا يحتملان النقض على ما مر
آنفا وبخلاف ما اذا ادعاه اي الولد المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب
الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كالاعتاق اي كاعتاق المشتري قال صاحب العناية ولقائل
ان يقول الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها فاني يتساويان واما الدعوة من المشتري
ومن البائع فتساويا في ان الثابت بهما حق الحرية فاين المرجح ويمكن ان يجاب عنه بان التساوي
بين العتق والدعوة في عدم احتمال النقض وذلك ثابت البتة وترجيح دعوة المشتري على دعوة البائع
من حيث ان الولد قد استغنى بالاول عن ثبوت النسب في وقت لا مزاحم له فلا حاجة الى الثاني انتهى
واعترض بعض الفضلاء على قوله في السؤال الثابت بالاعتاق حقيقة الحرية وبالدعوة حقها بان قال
فيه بحث فان الثابت بها في حق الولد حقيقة الحرية ايضا بل حرية الاصل كما سيجيء انتهى اقول
هذا ممنوع لان حقيقة حرية الاصل انما يثبت بالدعوة للولد ومراد صاحب العناية ان الثابت بالدعوة
للبائع حقها لان مدار الكلام في جنس ما نحن فيه من المسائل على ان الترجيح هل هو في جانب البائع او
في جانب المشتري ولا اشكال ان الثابت بالدعوة للبائع على كل حال انما هو الحق وهو حق استلحاق النسب
في الولد وحق الاستيلاد في الام على ما تقرر في الكتاب وتقرر وقد عبر عنه صاحب العناية هنا بحق
الحرية لتاديته الى الحرية وكذا الحال بالنظر الى دعوة المشتري فانتظم السؤال والجواب وان كان
في تقريره نوع ضيق واضطراب قال اي القدوري في مختصره ومن ادعى نسب احد التوامين

التوام

التوام اسم للولد اذا كان معه آخر في بطن واحد يقال هما توامان كما يقال هما زوجان وقولهم هما توم وهما زوج
خطاء ويقال للانثى توءمة كذا في المغرب ولكن الامام شمس الائمة السرخسي ذكر في المبسوط ان ذكر التوم
مكان التوامين صحيح في اللغة حتى لو قال غلامان توم وغلامان توامان كلاهما صحيح عند اهل اللغة
كذا في النهاية وغيرها ثبت نسبهما منه اي ثبت نسب التوامين معا ممن ادعى نسب احدهما لانهما من ماء
واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الاخر وهذا اي كونهما من ماء واحد لان التوامين
ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا اي بعد ولادة الاول لانه لا حبل
اقل من ستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولا يتصور علوق الثاني على علوق الاول لانها اذا حبلت
ينسد فم الرحم كذا في الكافي وغيره وكان المص لم يتعرض لدفع هذا الاحتمال لكون امره معلوما في غير هذا
الفن وفي الجامع الصغير قال في العناية ذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على صورة بيع احدهما
ودعوى النسب في الاخر بعد اعتاق المشتري انتهى وقال في معراج الدراية انما اعاد لفظ الجامع
لما فيه زيادة وهي قوله ولدا عنده وفيه اشارة الى كون العلوق في ملك المدعي انتهى اذا كان في يده غلامان توامان
ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري
ان كانت الرواية بكسر الراء فالعتق بمعنى الاعتاق وان كانت بالفتح فلا حاجة الى التاويل كذا في العناية
قال المص في التعليل لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ
المسئلة مفروضة فيه اي في ان يصادف العلوق والدعوة ملكه فان في قوله ولدا عنده اشارة الى مصادفة
العلوق ملكه وفي قوله ثم ادعى البائع الذي في يده تصريح بمصادفة الدعوة ملكه ثبت حرية الاصل فيه اي لما
يثبت نسب الولد الذي عنده اي ثبت حرية الاصل في هذا الولد فثبت نسب الاخر اي فيثبت نسب الولد الاخر
الذي كان باعه واعتقه المشتري وحرية الاصل فيه اي ويثبت حرية الاصل في ذلك الولد ايضا ضرورة
لانهما توامان وهما من ماء واحد فتبين ان عتق المشتري وشراءه لان من حر الاصل فيبطل
اي فيبطل كل واحد من عتقه وشرائه قال في الكافي وكان هذا نقض الاعتاق بامر فوقه وهي الحرية
الثابتة باصل الخلقة انتهى بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشتري
بدعوى البائع نسبه كما مر لان هناك اي في مسئلة الولد الواحد يبطل العتق فيه اي في الولد مقصودا
يعني لو صحت الدعوة من البائع هناك لبطل العتق في الولد مقصودا لحق دعوة البائع وانه لا يجوز
لما تقدم ان حق الدعوة لا يعارض حقيقة الاعتاق وههنا اي في مسئلة التوامين يثبت تبعا
لحريته فيه حرية الاصل اي يثبت بطلان اعتاق المشتري فيما اشتراه تبعا لحريته حرية الاصل لا
حرية التحرير فالضمير في حريته راجع الى المشتري بالفتح وقوله فيه متعلق بقوله يثبت والضمير
راجع الى المشتري كذلك وقوله حرية الاصل بدل من قوله لحريته وانما ابدل به اشارة الى سبقها التي

بدلالة ان البيع لم يكن صحيحا فالاعتاق لم يصادف محله فكان خليقا بالرد والابطال كذا في العناية اقول هنا شرح صحيح الا انه يكون في كلام المصنف تعقيد لفظي بالتقديم والتاخير حيث كان حق الاداء على هذا المعنى ان يقال وههنا يثبت فيه تبعا الحرية حرية الاصل كما لا يخفى وكان متقدمي الشراح هربوا عنه حيث قال صاحبا النهاية والكفاية في بيان معنى كلام المصنف ههنا اي يثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت الحرية فيه حرية الاصل انتهى وقال صاحب غاية البيان يعني فيما نحن فيه يثبت بطلان اعتاق المشتري لا مقصودا بل تبعا لثبوت الحرية الاصلية الثابتة في الذي باعه انتهى فان الظاهر مما بينوا من المعنى ان لا يكون قول المصنف فيه متعلقا بقوله يثبت بل ان يكون متعلقا بعتقه وهو الكائنة اي الثابتة على انه صفة لحريته فلا يلزم التعقيد اصلا قوله لعل المحذور فيها اشد من الاول فان الحرية بعد ان تضاف الى الضمير الراجع الى المشتري لا يبقى احتمال ان لا يكون ولا تثبت فيه فيلزم ان يكون قول المصنف فيه على المعنى الذي ذكره لغوا من الكلام وانما يتم ذلك المعنى ان لو كان كلام المصنف وههنا يثبت تبعا للحرية فيه ودونها لا اضافة كما لا يخفى فافترقا اي فافترق ما نحن فيه من مسئلة التوامين وما اذا كان الولد واحدا حيث لزم بطلان العتق هناك اصالة وقصدا وفيما نحن فيه ضمنا وتبعا وكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا قال في معراج الدراية الى هذا اشار قاضي خان والمرغيناني في فوائدهما في الجامع وقال في النهاية بعد شرح كلام المصنف على هذا المنوال او نقول في مسئلتنا لا يبطل عتق المشتري الذي ثبت منه بل نظير بدعوة البائع لما فيه من ان احد التوامين اذا اعتاق المشتري علم بلا في محله لانه ظهر انه كان حر الاصل وتحرير الحر باطل لان فيه اثبات الثابت وذلك لا يتحقق كما ذكرنا من الفوائد الظهيرية انتهى ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يعني ان الذي ذكر من قبل اذا كان اصل العلوق في ملك المدعي ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه والمسئلة بحالها يثبت نسب الولد الذي عنده اي يثبت نسب الولد الذي عند البائع بمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الولد الاخر ضرورة لانهما توامان لا ينفكان نسبا ولا ينقض البيع فيما باع ولا يبطل عتق المشتري فيه لان هذه اي لان دعوة البائع ههنا دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لانعدام شاهد الاتصال اي لانعدام شاهد اتصال العلوق بملك المدعي حيث لم يكن اصل العلوق في ملكه ومن شرط دعوة الاستيلاد اتصال العلوق بملك المدعي فتقتصر على محل ولايته اي اذا كانت هذه دعوة تحرير فتقتصر على محل ولاية المدعي وهو ما كان البائع اعتقه فيعتق في ملكه عليه فحسب وليس من ضرورة حرية احد التوامين بعتق حادث حرية الاخر فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري على البائع كذا في الكافي وقال كثير من الشراح في شرح قول المصنف لان هذه دعوة تحرير لانه لما لم يكن اصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر ولو قال لاحد التوامين هذا حر كان تحريرا يقتصر على محل ولايته فكذا دعوة التحرير اقول

يرد على قولهم فكان قوله هذا ابني مجازا عن قوله هذا حر انه لو كان كذلك لما ثبت نسب احد من الولدين منه لان المصير الى المجاز عند تعذر اعمال الحقيقة مقتصر على ثبوت نسبهما منه وتفصيل المقام انه قد مر في كتاب العتاق انه اذا قال لعبد يولد مثله لمثله هذا ابني فان لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لان ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج الى النسب فيثبت منه واذا ثبت عتق لانه يستند النسب الى وقت العلوق وان كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق اعمالا للفظ في مجازه عند تعذر اعماله في حقيقته وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي لهم انه كلام محال فيرد ويلغى ولابي حنيفة انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء انتهى فقد تلخص من ذلك كله ان ثبوت النسب فيما اذا قال لغلام هذا ابني انما يكون في صورة واحدة من الصور الثلث المذكورة وهي ان يكون الغلام ممن يولد مثله لمثله ولا يكون معروف النسب ويكون يجري اللفظ في هذه الصورة على حقيقته واما في الصورتين الاخريين فيصار اللفظ محمولا على مجازه لكن لا يثبت النسب فيهما فلم توجد صورة يثبت فيها النسب ويكون اللفظ مجازا فلم يتضح ما قاله هؤلاء الشراح قال اي محمد في الجامع الصغير واذا كان الصبي في يد رجل فقال اي ذلك الرجل هو اي الصبي ابن عبد لفلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه اي لم يكن ذلك الصبي ابن ذلك الرجل ابدا قال صاحب النهاية ومعراج الدراية يعني سواء صدقه العبد الغائب او كذبه او لم يعرف منه تصديق ولا تكذيب وقال تاج الشريعة يعني وان جحد العبد ان يكون هو ابنه اقول لا يخفى على الفطن انه يلزم على هذا المعنى استدراك قول المصنف فان جحد العبد ان يكون ابنه سيما على ما قاله تاج الشريعة اللهم الا ان يحمل على التاكيد تقريرا لكون المعنى هذا لكن فيه ما فيه وقد اشار صاحب العناية الى كون المعنى لم يكن ابنه ابدا اي في وقت من الاوقات لا حالا ولا مستقبلا حيث قال في تقرير المسئلتين واذا كان الصبي في يد رجل اقر انه ابن عبد فلان او ابن فلان الغائب ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لم تصح دعوته في وقت من الاوقات لا حالا ولا استقبالا انتهى اقول الحق ان المراد ههنا هذا المعنى لوجوه احدها اندفاع الاستدراك المذكور به وهو ظاهر وثانيها ان الابد على هذا المعنى يكون على اصل معناه وهو عموم الاوقات وعلى المعنى الاول يصير مصروفا عنه الى عموم الاحوال كما ترى وثالثها انه يظهر حينئذ فائدة تقييد فلان بالغائب في وضع مسئلتنا دون المعنى الاول فان الحاضر والغائب سيان بالنظر الى الاحوال المذكورة في المعنى الاول اعني التصديق والتكذيب والسكوت

عنهما اذ يتصور من كل واحد منهما كل واحدة من تلك الاحوال في وقت ما فلا فائدة في التقييد بالغائب
على ارادة عموم الاحوال عاما بالنظر الى الاوقات المذكورة في هذا المعنى عني الحال والاوقات المستقبلة
فيهما اى المقر له الحاضر والغائب متفقان حيث لا يتصور الجحود من الغائب في الحال لعدم علمه فيهما ما اقر به المقر
ويتصور ذلك منه في الاستقبال بان يعلم بعد ان يحضر بخلاف الحاضر فانه يتصور منه الجحود في الحال لا في الاستقبال
بلا فرق بينهما فاحتمال في حق الغائب اختصاص الحكم بعدم كون الصبي ابن المقر بوقت لا يتصور فيه الجحود من المقر له
وهو الحال ولم يحتمل ذلك في حق الحاضر فلو اطلق فلان ولم يقيد بالغائب على ارادة عموم الاوقات لتبادر
الى الفهم كون الحكم المذكور عند كون المقر له حاضرا فقط ولما قيد بالغائب علم ثبوت الحكم المذكور عند كون المقر له
غائبا عبارة وثبوته عند كونه حاضرا ايضا دلالة فظهر فائدة التقييد بالغائب على هذا المعنى ثم اعلم انه لا خلاف في
هذا الحكم اذ يكون الصبي في يده وذكره في الكتاب وقع اتفاقا نص عليه الامام الزيلعي في التبيين وهذا
عند ابي حنيفة اى حكم المسئلة المذكورة على الاطلاق انما هو عند ابي حنيفة وفي المبسوط لكن يعتق عليه وان
لم يثبت نسبه من المولى كذا في النهاية ومعراج الدراية وقالا اذا جحد العبد دعوى الصبي ابن المولى
يعني اذا ادعى المولى لنفسه بعد جحود العبد نسبه كذا في النهاية قال المص وعلى هذا الخلاف اذا قال اما اذا
قال الذي في يده الصبي هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه هذه من مسائل المبسوط ذكرها المص
تفريعا كذا في غاية البيان لهما ان الاقرار اى الاقرار بالنسب وهو قوله هو ابن عبدي فلان الغائب ارتد
برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار اى فصار كانه لم يقر لاحد وادعاه لنفسه والاقرار بالنسب يرتد
بالرد وان كان لا يحتمل النقض اى وان كان النسب لا يحتمل النقض الا يرى انه اى الاقرار بالنسب يعمل فيه
الاكراه والهزل حتى لو اكره بنوة صبي فاقر بها لا يثبت النسب وكذا لو اقر بها هازلا فصار اى فصار
حكم هذه المسئلة كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري قبل الولاء فكذبه البائع ثم قال اى المشتري
انا اعتقته يتحول الولاء اليه اى فانه يتحول الولاء الى المشتري فصار كانه لم يقر اصلا بخلاف ما اذا
صدقه اى بخلاف ما اذا صدق المقر له المقر في مسئلتنا حيث لا يقع فيه دعوى المولى بالاتفاق لانه
اى المقر يدعي بعد ذلك اى بعد تصديق المقر له اياه نسبا ثابتا من الغير وهو لا يقع وبخلاف ما اذا لم
يصدقه ولم يكذبه بل سكت عن التصديق والتكذيب حيث لا يقع فيه ايضا دعوى المولى بالاتفاق لانه تعلق
به اى بالصبي حق المقر له على اعتبار تصديقه اى على اعتبار احتمال تصديقه فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت
نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه يعني ان لاحتمال جانب التصديق تاثيرا فيما نحن فيه كما ان لاحتمال
جانب التكذيب تاثيرا في ولد الملاعنة ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهذا بالاتفاق
والاقرار بمثله اى بمثل ما لا يحتمل النقض بعد ثبوته لا يرتد بالرد يعني وما كان كذلك فالاقرار به لا يرتد
بالرد اى لا يبطل بالتكذيب كمن اقر بحرية عبد انسان وكذبه المولى لا يبطل اقراره حتى لو اشتراه بعد ذلك

يعتق

يعتق عليه كما ذكره الامام قاضي خان وذكر في الشروح فبقي اى فبقي الاقرار في حق المقر وان لم يثبت في حق المقر له
كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة فيمتنع دعوته اى فيمتنع دعوة المقر بعد الرد ايضا كمن شهد على رجل
بنسب صغير فردت شهادته لتهمة كالفسق والقرابة ثم ادعاه اى ثم ادعاه الشاهد لنفسه حيث لم
تصح دعوته واعلم ان الامام فخر الاسلام ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الصغير على هذا المنوال حيث قال
وكذلك من شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته بعينه ثم ادعاه الشاهد لم تصح انتهى فانه في الحد
اثره فاوردها هاهنا كذلك واما شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي فقد ذكرها ايضا على هذا
الخلاف حيث قال في شرح الكافي للحاكم الشهيد وعلى هذا الخلاف اذا شهد انه ابن فلان فلم تقبل
هذه الشهادة ثم ادعاه لنفسه لا تقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما انتهى وهذا اشارة الى قوله
والاقرار بمثله لا يرتد بالرد لانه تعلق به اى بالنسب حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب
منه اى من المقر له وحاجة الولد ان يثبت النسب منه بعد التكذيب بقي له حق الدعوة ومع بقاء حقه
لا يصح دعوة المقر كما اذا لم يصدقه ولم يكذبه وكذا تعلق به حق الولد من جهة احتياجه الى النسب
فلا يرتد برد المقر له لتعلق حقه وحق الولد هكذا ينبغي ان يشرح هذا المقام ولا يلتفت الى ما في النهاية
وغيرها مما لا يساعده تقرير المص ولا يطابقه تحريره كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة ومسئلة الولاء على
هذا الخلاف فاشارة الى الجواب عما استشهدا بها من مسئلة الولاء بانها ايضا على هذا الخلاف فلا
تنتهض شاهدة لما قالاه وتخريجه على ما قاله وان سلم اى وان سلم كون مسئلة الولاء على الاتفاق فالولاء
قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب صورته معتقة تزوجت بعبد
فولدت منه اولادا فجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولاء
فكان الولد ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر ولاء الاولاد الى نفسه هكذا روي عن عمر
رضي الله عنه وكذا قاضي خان كذا في النهاية ومعراج الدراية وقد اعترض على الولاء الموقوف
وهو الولاء من جانب البائع وانما سماه موقوفا لانه على عرضية التصديق بعد التكذيب كذا في النهاية
وغيرها ما هو اقوى وهو دعوى المشتري لان الملك له قائم في الحال فكان دعوى الولاء مصادفا
لمحله لوجود شرطه وهو قيام الملك كذا في العناية واكثر الشروح وقال بعض الفضلاء فيه بحث
لانه كيف يقوم الملك وهو مقر بانه معتق قال في الكافي ان المشتري اذا اقر ان البائع
كان اعتق ما باعه وكذبه البائع فانه لا يبطل ذلك ولكنه يعتق على المقر انتهى ولا يخفى دلالته على ما
قلناه الى هنا كلام ذلك البعض اقول بحثه ظاهر السقوط لان المشتري لما اقر ولا بانه ما اشتراه
معتق البائع لا بانه معتق نفسه فقد كذبه البائع وهذا لا ينافي قيام الملك له في الحال اى في حال دعوى
الاعتاق لنفسه ثانيا وانما لا يقوم الملك له في الحال لو كان اقر ابتداء بانه معتق نفسه او كان اقر بانه

معتق البائع ومعتقد البائع وليس فليس واما ما ذكر في الكافي فعلى تقديرتمامه يجوز ان يكون مبنيا على كون
مسئلة الولاء ايضا على هذا الخلاف كما ذكره المص اولا حيث قال وفي مسئلة الولاء على هذا الخلاف ولا يخفى
ان مبنى الكلام ههنا على تسليم كون بطلان الاقرار وتحول الولاء في مسئلة الولاء متفقا عليه كما يفصح عنه
قول المص على تقدير الحجر وح لا شك في قيام الملك للمشترى الى حال دعوى الاعتاق لنفسه فلا وجه لاشتباه المقام
وخلط الكلام فيبطل به اى يبطل الولاء الموقوف باعتراض ما هو الاقوى الذى هو دعوى المشترى بخلاف النسب
يعنى انه لا يبطل باعتراض شئ اصلا على ما مر اشارة الى قوله ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته وعليه
اخذ اكثر الشراح قال في الكافي بخلاف النسب كما مر في ولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال
ثبوته من الملاعن انتهى وحمل عليه صاحب الكفاية مراد المص ايضا والحاصل ان النسب الزم من الولاء فان الولاء يحتمل
البطلان في الجملة والنسب لا يقبله اصلا فلا يصح قياس النسب على الولاء وهذا اى اقرار البائع بنسب ما باعه
لغيره يصلح مخرجا اى حيلة على اصله اى على اصل ابى حنيفة فيمن يبيع الولد ويخاف عليه اى يخاف المشترى على
الولد الدعوة بعد ذلك من البائع فيقطع دعواه اى فانه يقطع دعوى البائع اقراره بالنسب لغيره قال الامام
المحبوبي صورته رجل في يده صبى ولد في ملكه وهو يبيعه ولا يامن المشترى ان يدعيه البائع يوما فينتقض البيع
فيقر البائع بكون الصبى ابن عبده الغائب حتى يامن المشترى من انتقاض البيع بالدعوة عند ابى حنيفة فان
هذا يكون حيلة عنده وفي الفوائد الظهيرية الحيلة في هذه المسئلة على قول الكل ان يقر البائع ان هذا ابن
عبده الميت حتى لا يتاتى فيه تكذيب فيكون مخرجا على قول الكل كذا في النهاية قال اى محمد في الجامع الصغير واذا كان
الصبى في يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى هو ابنى وقال المسلم هو عبدى فهو ابن النصرانى وهو حر وفي الفوائد
الظهيرية وغيرها هو ابن النصرانى اذا كانت الدعويان معا فكان قوله معا اشارة الى ان دعوى المسلم لو سبقت
على دعوى النصرانى يكون عبدا للمسلم كذا في النهاية قال المص لان الاسلام مرجح بكسر الجيم فيستدعى تعارضا
يعنى ان الاسلام مرجح انما كان والترجيح يستدعى تعارضا ولا تعارض اى ولا تعارض ههنا لان التعارض انما
يكون عند وجود المساواة ولا مساواة ههنا لان نظر الصبى في هذا اوفر يعنى ان النظر للصبى واجب ونظره
فيما ذكرناه اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه
اى وفي عكس ما ذكرناه الحكم بالاسلام تبعا اى ينال الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه
اكتسابها اى ليس في وسع العبد اكتساب الحرية فانتفى المساواة كذا ادعاه اكثر الشراح في حل هذا المقام
وهو التحقيق عندى ايضا بان يراد من هذا الكلام قال صاحب العناية بعد شرح المقام بهذا المنوال ولقائل
ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك ودلائل التوحيد وان كانت ظاهرة
لكن الالف بالدين مانع قوى الا يرى الى كفر آبائه مع ظهور دلائل التوحيد وقد تقدم في الحضانة ان الذمية
احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده انتهى

واورد

واورد بعض الفضلاء على قوله ولقائل ان يقول هذا مخالف للكتاب وهو قوله تعالى ولعبد مؤمن
خير من مشرك بان قال فيه بحث لانا لا نقول ان الايمان ليس خيرا من الاشراك حتى يخالف بل نقول
كما ان ذلك خير كذلك شرف الحرية خير من ذل الرقية وكسب الاسلام في وسعه دون كسب الحرية
فالنظر للصبى يقتضى الحكم بحريته انتهى اقول ليس مراد صاحب العناية ان هذا مخالف للكتاب
بمجرد دلالة الكتاب على ان صفة الايمان خير من صفة الاشتراك حتى يفيد ما ذكره ذلك البعض بل
مراده انه مخالف للكتاب لدلالته على ان العبد المؤمن وان كان رقيقا خير من المشرك وان كان
حرا اما على كون الامة والعبد في قوله ولامة مؤمنة خير من مشركة وقوله تع ولعبد مؤمن خير
من مشرك محمولين على ظاهرهما اعنى الرقيق والرقيقة كما يشعر به قول بعض كبار المفسرين في
تفسير ذلك المقام من النظم الشريف يعنى ان المؤمن ولو كان معه خساسة الرق خير من الكافر وان كان
معه شرف الحرية فان شرفها لا يجدى نفعا مع الكفر ودناءة الرق لا تضر مع شرف الايمان انتهى
فالامر ظاهر واما على كون الامة والعبد فيهما بمعنى عبد الله وامته عامين للحر والحرة ايضا كما ذهب اليه
صاحب الكشاف واضرابه حيث قالوا في تفسير الايتين المذكورتين اى لامراة مؤمنة حرة كانت او مملوكة
وكذلك ولعبد مؤمن لان الناس كلهم عبيد الله واماؤه انتهى فلان الرقيق المؤمن يندرج في عبد مؤمن قطعا
فيكون خيرا من مشرك وان كان نصا بدلالة ظاهر الدليل المذكور في مسئلتنا على ان الكافر الذى نال شرف الحرية
مع كون كسب الايمان في وسعه خير من الرقيق المحكوم باسلامه تبعا مع حرمانه عن الحرية فيفهم المخالفة للكتاب
وهذا توجيه كلام صاحب العناية وفق مرامه فلا يتوجه عليه البحث المذكور ثم قال صاحب العناية ويمكن
عنه بان قوله تع ادعوهم لابائهم يوجب دعوة الاولاد لابائهم وهو على النساب لان دعوته لا يحتمل
النقض فتعارضت الايتان وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظر لها كثرة فكانت اقوى من المانع
وكفر الاباء مجبور والاصل هو الايمان الى انتشار الاسلام بعد الكفر في الافاق وترك الحضانة لا يلزم رقه
فيقلع منهما بخلاف ترك النسب ههنا فان المصير بعده الى الرق وهو ضرر عظيم لا محالة انتهى اقول فيه بحث
لان كون مدعى النسب اباه اول المسئلة فذكره ههنا موقت الى المصادرة وقوله لان دعوته لا تحتمل النقض
ليس بشئ لان دعوته انما لا تحتمل النقض بعد ان كانت مقبولة بحسب الشرع راجحة على دعوى المسلم
وهو اول المسئلة ايضا وقوله وفي الاحاديث الدالة على المرحمة بالصبيان نظر لها كثرة فكانت اقوى من المانع
كلام خال عن التحصيل ههنا لان وجوب المرحمة بالصبيان والنظر لهم مما لا شبهة فيه لاحد لكن الكلام في ان ما
يؤدى الى الالف بالكفر المانع عن الاسلام مناف للمرحمة بهم والنظر لهم فلا معنى لقوله فكانت اقوى من المانع
كما لا يخفى ثم ان صاحب الكفاية وتاج الشريعة قالا في شرح قول المص ولا تعارض اى بين دعوى الرق ودعوى
النسب لجواز ان يكون عبدا لواحد وابنا لاخر انتهى فكانهما اخذا هذا المعنى مما ذكره صاحب الكافي حيث قال ولو كان

صبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو حر ابن النصراني اذا ادعيا
معا ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى والفرق انهما في دعوى النسب استويا فترجح المسلم
بالاسلام لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه وفيما نحن بصدده لا تعارض بين الدعويين
اعني دعوى الرق ودعوى النسب لانه لا يجوز ان يكون عبدا للواحد وابنا للآخر حتى يثبت الترجيح بالاسلام
انتهى اقول فيه نظر لان الذي يدعيه النصراني في مسئلتنا هو بنوة الصبي له حرا لا مطلق بنوته له
وان الذي يحكم به له هو ثبوت نسب الصبي منه حرا كما صرح به في وضع المسئلة لا ثبوت نسبه منه عبدا
للآخر والا للزم الجمع بين قوليهما والحكم لهما معا بل لما تصور النزاع بينهما اساسا ولا شك ان بين دعوى
الرق وبين دعوى النسب على الحرية تعارضا بينا فلا يتم التقريب ثم ان في تحرير المصنف نوع خلل على
هذا المعنى وهو ان قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر الخ لا يصلح ان يكون دليلا على قوله ولا تعارض على تقدير
كون مراده بوجه عدم التعارض هذا المعنى فكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير تحرير المصنف فقال بعد كلامه
المذكور على وجه التنوير الا ان الترجيح بالاسلام واجب في النسب نظرا للصغير فنظر الصبي في
هذا اوفر الخ اما صاحب الكفاية فلم يزد على شرح المذكور شيئا اخر فكانه غافل بالكلية واما تاج الشريعة
فقد تنبه لهذا وتداركه حيث قال فعلى هذا يكون قوله لان نظر الصبي في هذا اوفر دليلا على قوله فهو ابن
النصراني لا دليلا على نفي المعارضة فقال كذا سمعته من الامام الاستاذ انتهى لكن يرد عليه
ان المصنف قد ذكر الدليل على قوله فهو ابن النصراني وصرح بقوله لان الاسلام مرجح فيستدعي
تعارضا ولا تعارض فلو كان قوله لان نظر الصبي الخ دليلا على ذلك ايضا لكان دليلا ثانيا فكان
حق ان يذكر بالواو اللهم الا ان يحمل الثاني على تعليل المعلل فتأمل ولو كان دعوتهما اي دعوة
المسلم والكافر دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين اي للصبي و
نوقض هذا بغلام نصراني بالغ ادعى على نصراني ونصرانية انه ابنهما وادعاه مسلم ومسلمة
انه ابنهما واقام كل واحد من الطرفين بينة فقد تساوت الدعوتان مع ان بينة الغلام اولى
ولم يترجح جانب الاسلام واجيب بان البينتين وان استويا في اثبات النسب بفراش النكاح
لكن ترجحت بينة الغلام من حيث انه يثبت حق النفسه لان معظم المنفعة في النسب للولد دون
الوالدين لان الولد يعير بعدم الاب المعروف والوالدان لا يعيران بعدم الولد فبينة من يثبت
حق النفسه اولى وفيه نظر لانه اضعف من الاسلام في الترجيح لا محالة والجواب انه تقوى بقوله صلى الله
عليه وسلم البينة على المدعي لانه اشبه المدعيين لكونه يدعي حق النفسه كذا في العناية اقول لقائل
ان يقول ان تقوى هذا بذلك النص فقد تقوى رجحان الاسلام ايضا بنصوص منها قوله صلى الله عليه وسلم
الاسلام يعلو ولا يعلى قال محمد في الجامع الصغير واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها

حتى تشهد امرأة على الولادة قال المصنف ومعناه ان عامة المشايخ في تقييد هذه المسئلة ومعنى المسئلة
ان تكون المرأة ذات زوج اي معنى هذه المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج وادعت انه ابنها من هذا الزوج
وانكر الزوج ذلك لانها تدعي تحميل النسب على الغير وهو الزوج فلا تصدق الا بحجة يعني ان المرأة تقصد
الزام النسب على الزوج والالزام لا بد له من الحجة وسبب لزوم النسب وان كان قائما وهو النكاح لكن الحاجة الى
اثبات الولادة والنكاح لا يوجب الولادة لا محالة ولا يثبت الولادة وتعيين الولد الا بحجة فلا بد لها من حجة
كذا في الكافي وغيره بخلاف الرجل اي الزوج حيث يصدق في دعوة الولد من غير شهادة احد وان انكرت المرأة
لانه يحمل نفسه النسب وفي بعض النسخ يحمل على نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها اي في دعوى
المرأة في المسئلة المارة لان الحاجة الى تعيين الولد بانه الذي ولدته تلك المرأة وشهادة القابلة
حجة فيه لانه مما لا يطلع عليه الرجال فتقبل فيه قول النساء اما النسب فيثبت بالفراش القائم يعني اما
النسب فيثبت بالفراش القائم في الحال فلا حاجة الى اثباته حتى يلزم الحجة التامة وقد صح ان النبي
صلى الله عليه وسلم قبل شهادة القابلة على الولادة فكانت حجة فيها ولو كانت معتدة فلا بد من حجة
تامة عند ابي حنيفة يعني هذا الذي ذكرناه فيما اذا كانت منكوحة اما اذا لم تكن منكوحة ولكن كانت
معتدة وادعت النسب على الزوج احتاجت الى حجة تامة عند ابي حنيفة وهي شهادة رجلين او رجل
وامرأتين الا اذا كان هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل الزوج وقد لا يكفي في الجميع شهادة امرأة ما
وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق فان لم تكن منكوحة ولا معتدة
قالوا يثبت النسب منها بقولها اي من غير بينة اصلا لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها
وفي هذا لا فرق بين الرجل والمرأة هذا ما ذهب اليه عامة المشايخ واختاره المصنف ومنهم من
اجرى المسئلة على اطلاقها وقال لا يقبل قولها سواء كانت ذات زوج او لم تكن عملا
بالاطلاق ما ذكر محمد وفرق بين الرجل والمرأة حيث جازت دعوة الولد منه بلا بينة
ولم تجز منها بدون البينة وجه الفرق ان الاصل ان كل من ادعى معنى لا يمكنه اثباته بالبينة
كان القول قوله من غير بينة وكل من يدعي معنى يمكنه اثباته بالبينة لا يقبل فيه قوله الا بالبينة
وبيان هذا ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق فادعت المرأة الدخول وكذبها
لا تصدق الا ببينة لامكان اثباته بالبينة ولو علق طلاقها بحيضها والمسئلة بحالها تقبل قولها
من غير بينة لمكان العجز عن الاثبات بالبينة ففيما نحن فيه يمكن للمرأة اثبات النسب بالبينة
لان انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين فلا بد لها من بينة ولا كذلك الرجل لانه لا يمكنه
اقامة البينة على الاعلاق والاحبال لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين فلا
يحتاج اليها كذا في الشروح اقول فيه بحث لانا لا نقول لان الرجل وان لم يمكنه اثبات الاعلاق

والاحبال الا انه يمكنه اثبات النسب اذ قد تقرر في كتاب الشهادة انه يجوز للشاهد ان
يشهد بشيء لم يعاينه بالسماع ممن يثق به في مواضع عديدة منها النسب وليس من ضرورة
ادعاء الرجل ولدا انه ابنه وثبوت نسبه منه ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه البتة
والا لما تيسر اثبات دعوة البنوة من الرجل اصلا اي ولو كان هناك منازع شرعي اذ لا
يمكنه اثبات الاعلاق والاحبال قطعا مع ان مسائل التنازع بين الرجلين في بنوة ولد
واثباتها شرعا اكثر من ان تحصى فظهر ان المقصود من ادعاء الرجل بنوة
ولد ثبوت نسبه منه دون ثبوت وقوع الاعلاق والاحبال منه فلما امكنه اثبات نسبه
منه لزمه ايضا اقامة البينة على الاصل المذكور في وجه الفرق فلا يتم المطلوب واما ثانيا فلان
الوجه المذكور للفرق المزبور مما لا يجدي في مسئلتنا لان كون المدعى مما يمكن للمدعي اثباته بالبينة
انما يقتضي احتياج المدعي الى اقامة البينة اذا وجد هناك من يكذبه وينكر ما ادعاه كما في الصورة
المذكورة للبيان وما ادعته المراة في مسئلتنا وان كان مما يمكنها اثباته بالبينة كما يتحقق الا انه
مما لم ينكره احد لان كلامنا فيما اذا لم يوجد من يكذبها بان لم تكن منكوحة ولا معتدة ولهذا قال
المصنف في تعليل المسئلة لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها انتهى فكيف يتصور القول باحتياجها
الى اقامة البينة فتدبر وان كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه اي ادعت ان الولد ابنها
من ذلك الزوج وصدقها اي وصدق الزوج اياها فهو ابنهما وان لم تشهد امراة اي وان لم تشهد امراة
على الولادة يعني لا حاجة هاهنا الى شهادة القابلة لانه اي الزوج التزم نسبه اي نسب الولد
فاغنى ذلك عن الحجة لان النسب يثبت بمجرد اقرار الزوج بلا دعوة المراة اذ ليس فيه تحميل النسب
على الغير فمع دعوى المراة اولى وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وان كان الصبي
في ايديهما اي في ايدي الزوجين فزعم الزوج انه ابنه من غيرها اي زعم الزوج ان الصبي ابنه من
امراة اخرى له وزعمت انه ابنها من غيره اي وزعمت المراة انه ابنها من زوج آخر كان لها فهو ابنهما
اي كان الصبي ابنهما معا هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر عن نفسه فالقول له
ايهما صدق ثبت نسبه منه بتصديقه كذا في عامة الشروح وعزاه صاحب الغاية الى شرح الطحاوي
ثم ان هذه المسئلة المذكورة في الكتاب من مسائل الجامع الصغير ايضا قال المصنف في تعليلها
لان الظاهر ان الولد منهما اي من الزوجين اللذين كان الولد في ايديهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش
بينهما اقول فيه شيء وهو ان قيام الفراش بينهما لا يدل على تعيين الولد وانما يدل على ثبوت
النسب بعد تعين الولد اي بعد ثبوت ولادته من تلك الزوجة ولهذا لم تجز دعوة امراة ذات زوج
صبيا انه ابنها اذا لم يصدقها الزوج ما لم تشهد امراة على الولادة كما قررناه في مسئلتنا اليفا

ينبغي ان يكون كذلك فتامل ثم كل منهما اي من الزوجين يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه
اي على صاحبه يعني لا يقبل قوله في حق صاحبه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني
وبين رجل آخر غير صاحبه حيث لا يصدق واحد منهما في ابطال حق صاحبه بل يكون الثوب بينهما
فكذا هنا الا ان هناك يدخل المقر له في نصيبا المقر اي يصير ما حصل للمقر بينه وبين المقر له نصفان
لان المحل وهو الثوب يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها اعلم ان المناقضة في دعوى
النسب غير مانعة لصحة الدعوى حتى ان الصبي اذا كان في يد امراة فقال رجل هو ابني منك من زنا
وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه وكذا لو قال هو ابني من نكاح منك وقالت
هو ابنك مني من زنا لم يثبت النسب منه لعدم اتفاقهما في النكاح فان قالت بعد ذلك هو ابنك مني من
نكاح يثبت لما قلنا ان المناقضة لا تبطل دعوى النسب كذا ذكره الامام التمرتاشي وذكر في الايضاح
ان دعوى النسب انما لا تبطل بالتناقض لان التناقض انما يكون بين المتساويين ولا مساواة فان
دعوى النسب اقوى من النفي وذكر فيه ايضا اذا تصادق الزوجان على ان الولد من الزنا منه فلان النسب
ثابت من الزوج لان سبب ثبوت النسب قائم وهو الفراش والنسب يثبت حقا للصبي فلا يعتمل
تصادقهما على ابطال النسب وكذلك لو كانت المنكوحة امة او كان النكاح فاسدا لان الفراش قد تحقق
كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول النقل من الايضاح اولا من تعليل عدم بطلان دعوى
النسب بالتناقض محل نظر منعا ونقضا فتامل قال اي محمد في الجامع الصغير في كتاب القضاء
ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده يعني ولدت ولدا من المشتري فاستحقها رجل غرم الاب
قيمة الولد يوم الخصومة وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء فبسبب كان وكذا اذا تزوجها
على انها حرة فولدت له ثم استحقت نص عليه الامام الزيلعي في شرح الكنز كما يفهم من تعليل الكتاب
لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امراة معتمدا على ملك يمين باي سبب كان مثل الشراء
والهبة والصدقة والوصية كذا في معراج الدراية وغيرها او نكاح عطف على يمين والمعنى او معتمدا
على ملك نكاح فتلد منه اي تلد المراة منه من يطأها ثم تستحق بان يظهر بالبينة كونها امة هنا
ثم نقول ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه لا خلاف بين الصحابة
الاول وفقهاء الامصار ان ولد المغرور حر الاصل ولا خلاف ايضا بين السلف انه مضمون على الاب
الا ان السلف اختلفوا في كيفية ضمانه فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام
والجارية بالجارية يعني ان كان الولد غلاما فعلى الاب غلام مثله وان كان جارية فعليه جارية مثلها
وقال علي بن ابي طالب رضي الله عنه عليه قيمة الولد واليه ذهب اصحابنا لانه قد ثبت بالنصوص ان
الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل وتاويل حديث عمر رضي الله عنه يفك الغلام بقيمة الغلام والجارية بقيمة

الجارية كذا في العناية اقول يرد على ظاهره ان اختلاف السلف في كيفية ضمان ولد المغرور
وقول عمر بضمان مثله دون قيمته ينافي ما ذكره المصنف ان ولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة فكيف
يصلح ما ذكره في العناية لان يكون شرحا وبيانا لما ذكره ويمكن الجواب عنه بان يقال ان اختلافهم في كيفية
ضمانه اختلاف بحسب الظاهر وفي الحقيقة بناء على احتمال ان يكون المراد بحديث عمر رضه يفك الغلام بقيمة
الغلام والجارية بقيمة الجارية فحاصل الشرح والبيان ههنا ان السلف وان اختلفوا في كيفية ضمانه
بحسب الظاهر الا انهم اتفقوا على ان الخلاف يرتفع في الحقيقة بتاويل كلام عمر رضه وتبيين مراده على وفق
ما يقتضيه النص الدال على ان الحيوان لا يكون مضمونا بالمثل ولان النظر من الجانبين واجب فان المغرور
بنى امره على سبب صحيح في الشرع فاستوجب النظر والامة ملك المستحق والولد متفرع عن ملكه فاستحق
النظر ايضا فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الامكان وذا بان يجعل حق المستحق في معنى المملوك ويجعل من
المغرور في صورته كذا في الكافي فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ويعتق
عنهما ثم الولد حاصل في يده اي في يد المغرور من غير صنعه اي من غير تعد منه كذا في العناية فلا يضمنه الا
بالمنع كما في ولد المغصوبة فانه امانة في يد الغاصب عندنا لا يضمنه الغاصب الا بالمنع فلهذا اي فلان
المغرور لا يضمن الولد الا بالمنع يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع وذكر في شرح الطحاوي يغرم
قيمة الولد يوم القضاء لان الولد يتعلق في حق المستولد حرا ويعلق في حق المستحق رقيقا فلا يتحول
حقه من العين الى البدل الا بالقضاء فيعتبر قيمة الولد يوم القضاء لذلك كذا في النهاية ومعراج الدراية
ثم اعلم ان ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا اما اذا كان مكاتبا او عبدا ماذونا له
في التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد رحمه وسيجئ ذكره في كتاب المكاتب كذا في غاية البيان
ولو مات الولد يعني لو مات ولد المغرور قبل الخصومة لا شئ على الاب اي ليس على الاب شئ من قيمته
لانعدام المنع اذ المنع انما يتصور بعد الطلب فاذا هلك قبل الطلب لم يوجد سبب ضمانه فلا يضمن كما
لو هلك ولد المغصوبة عند الغاصب فانه لا يضمن قيمته كذا في الكافي وكذا لو ترك مالا اي وكذا لو ترك ولد
المغرور مالا لان الارث لابيه فاخذه ابوه لا يجب على الاب للمستحق من قيمة الولد شئ لان المنع لم يتحقق لا في
الولد لما مر ولا عن بدله لان الارث ليس ببدل عنه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه والمال
لابيه لانه اي الولد حر الاصل في حق ابيه كما مر فيرثه فان قيل الولد وان كان حر الاصل في حق
ابيه الا انه رقيق في حق مدعيه فينبغي ان يكون المال مشتركا بينهما كما ان الولد علق حر الاصل في حق المدعي
ايضا ولهذا لا يكون الولاء له وانما قدرنا الرق في حقه ضرورة القضاء بالقيمة والثابت بالضرورة
لا يعدو موضعها كذا في الشروح والكافي اقول يتأتى في هذا الجواب نظر ظاهر لما ذكره في شرح الطحاوي
على ما نقلناه آنفا فليتامل في التوفيق او الترجيح ولو قتله الاب يغرم قيمته اي يضمنها لوجود المنع بالقتل

وكذا

وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته اي فاخذ الاب ديته لان سلامة بدله اي لان سلامة بدل الولد وهو ديته
للاب كسلامته اي كسلامة الولد نفسه ومنع بدله كمنعه اي ومنع بدل الولد كمنع الولد نفسه فيغرم قيمته كما
اذا كان حيا واما اذا لم ياخذ الاب ديته من القاتل فلا يضمن شيئا لانه لم يمنع الولد اصلا اي لا حقيقة
ولا حكما نص عليه فخر الدين قاضي خان وغيره في شروح الجامع الصغير وذكر في المبسوط فان قضى له بالدية
فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان القيمة لم يتحقق فيما لم يصل الى يده من البدل فان قبض من الدية قدر
قيمة المقتول قضى عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون منعه قدر قيمة
الولد كمنع الولد كذا في النهاية والكفاية ويرجع بقيمة الولد على بائعه اي ويرجع الاب بما غرمه من قيمة
الولد على بائعه لانه اي لان البائع ضمن له اي للمشتري سلامته اي سلامة المبيع عن العيب ولا عيب
فوق الاستحقاق كذا في معراج الدراية وبه اعترض تقرير صاحب النهاية اقول يرد على ظاهر
هذا الشرح انه لا شبهة في ان البائع ضمن للمشتري سلامة المبيع عن العيب الآن المبيع
هي الام دون الولد فلا يتم التقريب فكان كثير من الشراح قصدوا دفع هذا فقالوا في بيان قول
المصنف لانه ضمن له سلامته يعني ان الولد جزء الام والبائع قد ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع
اجزائه انتهى اقول ويرد على هذا الشرح ان البائع انما ضمن للمشتري سلامة المبيع بجميع
اجزائه الموجودة عند البيع لا بجزئه الذي يحدث بعد البيع لان مثل هذا الجزء معدوم حين
البيع ولا يصح ادخال المعدوم في عقد البيع اصلا فضلا عن ضمان سلامته عن العيب ولا شك
ان الولد فيما نحن فيه مما حدث بعد البيع والحق عندي في هذا المقام ان يطرح حديث الجزئية من
البين ويقال في بيان مراد المصنف في قوله المذكور ان البائع ضمن للمشتري سلامة الولد بواسطة
ضمانه سلامة المبيع الذي هو الام عن العيب فان كون ولد الجارية غير سالم عن عيب الاستحقاق
عيب لنفس الجارية ايضا لان منهما فيها الاستيلاد وكون ولدها من مولاها حر الاصل من غير ان يستحقه
احد فكان سلامتها عن العيب مستلزمة لسلامة ولدها فضمان البائع سلامتها ضمان لسلامته
كما يرجع بثمنه قال صاحب الكفاية اي الثمن الذي اداه المشتري الى البائع فالضمير للمشتري وقيل
بثمن المشتري اذا استحق او بثمن الولد لو تصور شراؤه ثم استحقه احد انتهى واختار صاحب العناية
من بين هذه المعاني الثلثة المعنى الوسطاني حيث قال كما يرجع بثمنه اي بثمن المبيع وهو الام
لان الغرور شملهما انتهى واقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا هو المعنى الوجيه ههنا
ولكن في تذكير الضمير نوع عدول عن الظاهر ولهذا قال في الوقاية وغيرها ورجع بها كثمنها
بتانيث الضمير اي ورجع بقيمة الولد كثمن الام بخلاف العقر يعني ان المغرور لا يرجع على بائعه
بعقر وجب عليه واخذ منه المستحق لانه اي العقر لزمه اي لزم المغرور لاستيفائه منافعها

اي لاستيفاء منافع الجارية المستحقة اي منافع بعضها فلا يرجع به على البائع اذ لو رجع به لسلم له
المستوفى مجانا والوطي في ملك الغير لا يجوز فانه يسلم للواطي مجانا كذا في النهاية وغيرها

كتاب الاقرار

ذكر كتاب الدعوى مع ذكر ما يتفرع من الكتب منها الاقرار والصلح والمضاربة والوديعة ظاهر
التناسب وذلك لان دعوى المدعي اذا توجهت الى المدعى عليه فامره لا يخلو اما ان يقر او ينكر وانكاره سبب للخصومة
والخصومة مستدعية للصلح قال الله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما وبعدما حصل له المال
اما بالاقرار او بالصلح فان طلب المال بماله لا يخلو اما ان يسترجع منه او لا فان استرجع فلا يخلو اما ان يسترجح بنفسه
او بغيره وقد ذكر استرباح بنفسه في كتاب البيوع للمناسبة التي ذكرناها هناك بما قبله وذكر هنا استرباحه
بغيره وهي المضاربة وان لم يسترجح فلا يخلو اما ان يحفظ بنفسه او بغيره ولم يذكر حفظه بنفسه لانه لم يتعلق به
حكم في المعاملات فبقي حفظه بغيره وهي الوديعة كذا في الشروح ثم ان محاسن الاقرار كثيرة منها اسقاط حق
الناس عن ذمته وقطع السنتهم عن مذمته ومنها ايصال الحق الى صاحبه وتبليغ المكسوب الى كاسبه
مما كان فيه انفاع صاحبه الحق وارضا خالق الحق ومنها احماد الناس المقر بصدق القول ووصفهم اياه
بوفاء العهد وانا الى النول ثم ان ههنا احتياجا الى بيان الاقرار لغة وشريعة وبيان سببه وشرطه وركنه
وحكمه ودليل كونه حجة اما الاقرار لغة فهو افعال من قر الشيء اي ثبت فالاقرار اثبات لما كان متزلزلا بين
الاقرار والجحود كذا في النهاية ومعراج الدراية واما شريعة فهو اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه كذا في الكافي
وعامة المتون والشروح وقال في العناية الاقرار مشتق من القرار فكان في اللغة عبارة عن اثبات ما كان
متزلزلا وفي الشريعة عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق انتهى اقول لقد اصاب صاحب العناية في بيانه
معنى الاقرار لغة ولم يصب في بيان معناه شريعة اما الاول فلانه اخذ الاقرار في تعريف معنى الاقرار لغة
كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية مع كونه مؤديا الى المصادرة مما يختل به المعنى اذ لا معنى لكون اثبات
ما كان متزلزلا بين الشيئين هو احد ذينك الشيئين كما لا يخفى وايضا الظاهر ان الاقرار في اللغة ليس
مخصوصا باثبات ما تزلزل بين الشيئين المخصوصين بل هو عام لاثبات كل ما تزلزل بين الشيئين مطلقا
كما يدل عليه ماخذ اشتقاقه وهو القرار بمعنى الثبوت مطلقا واما الثاني فلان الاخبار عن ثبوت الحق
يتناول الدعوى والشهادة ايضا وانما يمتاز الاقرار الشرعي عنهما بقيد للغير على نفسه فان الدعوى
اخبار عن ثبوت الحق لنفسه على الغير والشهادة اخبار عن ثبوت الحق للغير على الغير فاذا زيد في تعريف
الاقرار الشرعي قيد للغير على نفسه كما فعله عامة الفقهاء يخرج عنه الدعوى والشهادة واما
اذا اطلق وقيل هو عبارة عن الاخبار عن ثبوت الحق كما فعله صاحب العناية فيدخل فيه الدعوى
والشهادة فيختل التعريف ثم اقول في تعريف العامة ايضا شيء اما اولا فلانه قد تقرر
في كتب الاصول ان التصرفات اما اثباتات كالبيع والاجارة والهبة ونحوها واما اسقاطات كالطلاق

والعتاق

والعتاق والعفو عن القصاص ونحوها ولا يخفى ان الاخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه لا يصدق على الاقرار بنفس
الاسقاطات مطلقا فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور جامعا واما ثانيا فلان اقرار المكره لاخر بشيء من الحقوق غير صحيح شرعا
على ما صرحوا به مع انه يصدق عليه انه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه فيلزم ان لا يكون تعريفهم المذكور مانعا ويمكن
ان يجاب عن الثاني بان كون اقرار المكره غير صحيح شرعا انما يقتضي ان لا يكون اقرارا صحيحا شرعا لا ان لا يكون اقرارا مطلقا
في الشرع فيجوز ان يكون مقصودهم تعريف ما يطلق عليه الاقرار في الشرع سواء كان صحيحا او فاسدا ونظير هذا التعريفات
الشرعية لكثير من العقود كالبيع والاجارة ونحوها تتناول الصحيح منه والفاسد حتى ان كثيرا منهم تركوا قيد
في تعريف البيع بحسب الشرع لئلا يخرج بيع المكره كساير البياعات الفاسدة كما صرحوا به في موضعه واما سبب
الاقرار فارادة اسقاط الواجب عن ذمته باخباره واعلامه لئلا يبقى في تبعة الواجب واما شرطه فسيأتي في
الكتاب واما ركنه فالالفاظ المذكورة فيما يجب به موجب الاقرار واما حكمه فظهور ما اقر به لا ثبوته ابتداء
الا يرى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه والانشاء يصح مع الاكراه عندنا ولهذا قالوا
اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان
يسلمه بطيب من نفسه فيكون تمليكا ابتداء على سبيل الهبة والملك للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده
والمقر له اذا صدقه ثم رده كذا في الكافي وغيره وقال صاحب النهاية ومن يحذو حذوه وحكمه لزوم ما اقر به على المقر
وعمله اظهار المخبر به لغيره لا التمليك به ابتداء ويدل عليه مسائل احديها ان الرجل اذا اقر بعين لا يملكه يصح
اقراره حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه الى المقر له ولو كان الاقرار تمليكا مبتدا لما صح ذلك لانه
لا يصح تمليك ما ليس بمملوك له والثانية ان الاقرار بالخمر للمسلم يصح والثالثة ان المريض الذي لا دين عليه
اذا اقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدا لم ينفذ الا بقدر
الثلث عند عدم اجازتهم والرابعة ان العبد الماذون اذا اقر لرجل بعين في يده صح اقراره ولو كان الاقرار
سببا للملك ابتداء كان تبرعا من العبد وهو لا يجوز في الكثير واما دليل كونه حجة على المقر فالكتاب والسنة
واجماع الامة ونوع من المعقول اما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه
شيئا بيانه انه تعالى امر بالاملاء من عليه الحق فلو لم يلزمه بالاملاء شيء لما امر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار
وايضا نهى عن الكتمان وهو آية على لزوم ما اقر به كما في نهي الشهود عن كتمان الشهادة وقوله تعالى قال أأقررتم
واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا بيانه انه طلب منهم الاقرار فلو لم يكن الاقرار حجة لما طلبه وقوله تعالى
كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم قال المفسرون شهادة المرء على نفسه اقرار وقوله تعالى
بل الانسان على نفسه بصيرة قال ابن عباس رضي الله عنهما اي شاهد بالحق واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
رجم ماعزا باقراره بالزنا والغامدية باعترافها وقال في قصة العسيف واغد يا انيس الى امرأة هذا
فان اعترفت فارجمها فاثبت الحد بالاعتراف والحديثان مشهوران في كتب الحديث فلم يكن الاقرار حجة

لما اثبت الحق لنفسه كان حجة فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون حجة في غيره اولى واما الاجماع فان المسلمين
اجمعوا على كون الاقرار حجة من لدن رسول الله عليه السلام الى يومنا هذا من غير نكير واما المعقول فلان الخبر كان
مترددا بين الصدق والكذب في الاصل ولكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي الى الصدق والصارف
عن الكذب في عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ونفسه الامارة بالسوء تحمله على الكذب
في حق الغير اما في حق نفسه فلا فصار عقله ودينه وطبعه دواعي الى الصدق وزواجر عن الكذب فكان الصدق
ظاهرا فيما اقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به قال اي القدوري في مختصره واذا اقر الحر البالغ العاقل
بحق لزمه اي لزم المقر اقراره اي موجب اقراره او ما اقر به اقول يرد عليه النقض بما اذا اقر البالغ العاقل
بحق مكرها فانه لا يلزمه اقراره فكان لا بد من ذكر الطايع ايضا لا يقال تركه اعتمادا على ظهور كونه والرضى
من شروط صحة الاقرار لانا نقول ليس ظهوره لشائبة ظهور اشتراط العقل والبلوغ اللذين هما مدار الاحكام كلها
ولم يتركهما مجهولا كان ما اقر به او معلوما هذا ايضا لفظ القدوري يعني لا فرق في صحة الاقرار ولزومه بين ان
يكون ما اقر به معلوما او مجهولا كما سيجي تفصيله قال المص اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق اراد بهذا التنبيه على ان
الاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيما مضى لا انشاء الحق ابتداء لئلا يرد الاشكال بصحة الاقرار بخمر للمسلم وغير ذلك من المسائل
المبنية على كون الاقرار اخبارا عما ثبت فيما مضى لا انشاء في الحال كما بيناه فيما مر ولم يرد بذلك تعريف الاقرار حتى
يرد عليه ان يتناول الدعوى والشهادة ايضا فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار كما زعمه بعض الشراح وانه
ملزم اي وان الاقرار ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه اي لوقوع الاقرار دلالة اي دليلا على وجود المخبر به
كما يشهد به الكتاب والسنة واجماع الامة ونوع من المعقول على ما فصلنا فيما مر وقد اشار المص الى بعض
منها بقوله الا ترى كيف الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا الرجم باقراره اي باقراره بالزنا وتلك
المراة اي وكيف الزم تلك المراة وهي الغامدية الرجم باعترافها اي باعترافها بالزنا ايضا فاذا كان ملزما
فيما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى كذا قالوا اقول يرد على ظاهره منع
هذه الاولوية فان العبد المحجور عليه يصح اقراره بالحدود والقصاص ولا يصح اقراره بالمال على ما ذكره
المص فيما سياتي فكان ملزما في حقه ما يندرئ بالشبهات دون غيره فتامل في الدفع وهو اي الاقرار
حجة قاصرة اي مقتصرة على نفس المقر غير متعدية الى الغير لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه اي على المقر
نفسه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق لرجل جاز ذلك على نفسه وماله ولم يصدق على اولاده وامهات اولاده ومدبريه
ومكاتبيه لانه قد ثبت حق الحرية او استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم بخلاف البينة فانها تصير
حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فتتعدى الى الكل اما الاقرار فلا يفتقر الى القضاء فينفذ في حق المقر
وحده كذا في الكافي وغيره واعلم ان هذا لا ينافي ما ذكروا من ان الاقرار حجة شرعية فوق الشهادة
بناء على انتفاء التهمة فيه لان القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار فالقصور في الاقرار بالاقتصار

على نفس

على نفس المقر والشهادة بالتعدية الى الغير لا ينافي اتصافهما بالقوة والضعف بالنسبة اليه بناء على انتفاء
التهمة فيه دونها وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا اي في المال وغيره فان العبد الماذون وان كان ملحقا
بالحر في حق الاقرار حتى اذا اقر بدين لرجل او بوديعة او عارية او غصب يصح لكن المحجور عليه لا يصح اقراره
بالمال ويصح بالحدود والقصاص قال صاحب العناية وكان هذا اعتذارا عن قوله اذا اقر الحر ولعله
لا يحتاج اليه لانه قال اذا اقر الحر بحق لزمه وهذا صحيح واما ان غير الحر اذا اقر لزمه او لم يلزمه فساكت
عنه فلا يرد عليه شيء انتهى اقول ليس ما ذكره بصحيح اذ قد صرحوا في مواضع شتى من هذا الكتاب
وغيره بان التخصيص بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بلا خلاف حتى ان الشارح المذكور
قال في اواخر فصل القراءة من باب النوافل من كتاب الصلوة فان قيل التخصيص بالذكر لا يدل على
النفي قلنا ذلك في النصوص وهذا في الروايات انتهى فكيف يصح قوله ههنا واما ان غير الحر اذا اقر لزمه
او لم يلزمه فساكت عنه ولو سلم ان لزوم اقرار غير الحر وعدم لزومه مسكوت عنه لا يقصد نفي
لزوم ذلك بطريق مفهوم المخالفة لم يصح قوله فلا يرد عليه شيء اذ يرد عليه ح استدراك
قيد الحر فيحتاج الى الاعتذار عن ذكره وقال صاحب الغاية ويصح ان يقال ليس المعذرة
وانما هو لبيان التفرقة بين العبد في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص وحجر المحجور عن الاقرار
بالمال دون الماذون له انتهى اقول ليس هذا بصحيح اما اولا فلانه لا يشتبه على العاقل الناظر
الى قول المص وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا الخ ان مراده بهذه المعذرة عن ذكر قيد الحر لا بيان
التفرقة بين العبيد واما ثانيا فلانه لو كان قول المص هنا لبيان التفرقة بين العبيد لما كان لذكر
قوله ويصح بالحدود والقصاص موقع اذ لا مدخل له في الفرق بينهم بل هم متساوون فيه لانهم متحدون
في صحة اقرارهم بالحدود والقصاص فالحمل الصحيح لكلام المص هنا على فرض ان لا يكون المقصود منه
المعذرة انما هو بيان الفرق بين القيود الثلاثة الواقعة في كلام القدوري بان قيد الحرية
شرط صحة الاقرار مطلقا لا شرط صحة مطلق الاقرار بخلاف القيدين الاخيرين اعني البلوغ والعقل تامل
تقف ثم اقول بقي بحث في كلام المص اما اولا فلان كون العبد الماذون ملحقا بالحر في حق الاقرار
كما يدل عليه قوله فان العبد الماذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار غير مسلم فانهم صرحوا بان العبد الماذون
لا يصح اقراره بالمهر والكفالة وجناية الخطاء وقطع يد رجل عمدا او خطاء لانها ليست بتجارة وهو مسلط على
التجارة لا غير ولا شك في صحة اقرار الحر بكل الامور فكان العبد الماذون ممن لا يصح اقراره مطلقا
بخلاف الحر اللهم الا ان يحمل قوله فان الماذون وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار على الغرض والمبالغة واما
ثانيا فلان اقرار العبد المحجور بالمال نافذ في حق نفسه ويلزمه المال بعد الحرية وان لم يلزمه في الحال كما صرح
به في كتاب الحجر فما معنى نفي صحة اقراره بالمال ههنا بقوله لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال الا ان يقال مراده

هنا ان اقراره بالمال لا ينفع في الحال لا انه لا يصح مطلقا فيوافق ما ذكره في كتاب الحجر لو نا نقول لا شك ان مقتضى
هنا توجيه اشتراط الحرية في مسئلة الكتاب والمذكور في جواب هذه المسئلة لزوم الاقرار مطلقا اى بلا تقييد
بالحال فلا يتم التقريب وايضا عدم اللزوم في الحال يوجد في الحر ايضا كما اذا اقر بالديون المؤجلة وكما اذا اقر بانشاءه
بعين مملوكة للغير فلانه لا يلزمه في الحال واذا ملكها يوما يلزمه ويؤمر بتسليمها الى المقر له على ان الذي ذكره المص
هنا عدم صحة اقرار العبد المحجور عليه بالمال لا عدم لزومه ولا يلزم من عدم لزوم اقراره بالمال في الحال كما ذكره في كتاب
الحجر عدم صحة اقراره به في الحال فلا يتم التوفيق اللهم الا ان يحمل الصحة هنا على اللزوم قال في البدائع واما الحرية فليست
بشرط الصحة الاقرار فيصح اقرار العبد المأذون بالدين والعين لما بينا في كتاب المأذون وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد
المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى الحال حتى لا يباع رقبته بالدين بخلاف المأذون الا انه يصح اقراره في حق نفسه
حتى يؤاخذ به بعد الحرية لانه من اهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال لحقه فاذا اعتق
فقد زال المانع فيؤاخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص فيؤاخذ به للحال لان نفسه في الحدود والقصاص كالخارج عن ملك
المولى ولهذا لو اقر المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح انتهى وقال في التبيين وكون المقر حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد
وينفذ في الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به في الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ
بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما لو اقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ في الحال واما اذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها
الى المقر له لزوال المانع انتهى قال المص وتعليل المجموع ما ذكره هنا لان اقراره اى اقرار العبد المحجور عليه عهد
اى عرف موجبا تعلق الدين برقبته لان ذمته ضعفت بالرق فانضمت اليها مالية الرقبة كذا في الكافي وغيره وهي
اى رقبة العبد المحجور عليه مال المولى فلا يصدق عليه اى على المولى لقصور الحجة بخلاف المأذون لانه اى المأذون
مسلط عليه اى على الاقرار من جهته اى من جهة المولى لان المأمون له بالتجارة اذن له بما لا بد منه
للتجارة وهو الاقرار اذ لو لم يصح اقراره لحشم عليه باب التجارة فان الناس لا يبايعونه اذا علموا ان اقراره
لا يصح اذ لا يتهيأ لهم الاشهاد في كل تجارة يعاملونها معه كذا في مبسوط شيخ الاسلام والذخيرة بخلاف
الحد والدم اى القصاص لانه اى لان العبد مبقى على اصل الحرية فيه كذا في الحد والدم تاويل المذكور او بحذف
استعمال الكلمة المثنى ايضا كما قالوا في قوله تعالى عوان بين ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه اى فيما
من الحد والقصاص لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا
من خواص الادمية والادمية لا تزول بالرق كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هو الاستدلال
لا يدفع ما لو قيل في اقراره بالقصاص اهلاك رقبته التي هي مال المولى فيكون اقراره على الغير والاولى
ان يستدل عليه بما في كتب الاصول انتهى اقول بل ذلك مدفوع لان المقصود بالقصاص اقرار اعلى
الغير بالنظر الى ما هو المقصود منه اصالة ولا يضره لزوم اهلاك مالية الغير بالتبع اذ كم من شيء
يثبت ضمنا ولا يثبت اصالة وقد ذكر في كتب الاصول ان العبد يصح منه الاقرار بالحد والقصاص والسرقة

المستهلكة

المستهلكة لان الحيوة والدم حقه لاحتياجه اليهما في البقاء ولهذا لا يملك المولى اتلافهما ولا يجوز ان
ما تو جهه ذلك القائل متوجه الى ما ذكر فيها ايضا والمخلص ما اخترناه ولا بد من البلوغ والعقل لان
اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهليته لا التزام فلا يلزم باقرارهما شيء الا اذا كان الصبي
ماذونا له فان اقراره في قدر ما اذن له فيه لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن لا خيار دانه برأى الولي فيعتبر
كالبالغ والنائم والمغمى عليه كالمجنون لانهما ليسا من اهل المعرفة والتمييز وهما شرطان لصحة الاقرار
واقرار السكران جائز بالحقوق كلها الا بالحدود الخالصة والردة بمنزلة سائر التصرفات تنفذ من
السكران كما تنفذ من الصاحي كذا في الكافي ومعراج الدراية وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار يعني
لو كان المقر به مجهولا بان قال المقر لفلان علي شيء او حق يصح الاقرار ويلزمه ما اقر به لان الحق قد يلزم مجهولا
يعني ان الحق قد يلزم الانسان مجهولا بان اتلف ما لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها لان الواجب
في الجراحات ان يستأني حولا فلا يعلم في الحال موجبه او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه
بنوع من الحساب علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به اى فيصح بكون المقر به مجهولا فان قلت
الشهادة ايضا اخبار عن ثبوت الحق ايضا ومع ذلك تمنع صحتها جهالة المشهود به فما الفرق بينهما قلت الشرع لم
يجعل الشهادة حجة الا بعد العلم بالمشهود به قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال
النبي صلى الله عليه وسلم اذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الشهادة لا توجب حقا الا بانضمام
القضاء اليها والقضاء بالمجهول لا يتحقق اما الاقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء به وقد امكن ازالة
الجهالة بالاجبار على البيان فيصح بالمجهول ولهذا لا يصح الرجوع عن الاقرار ويصح الرجوع عن الشهادة قبل
اتصال القضاء بها كذا في المبسوط بخلاف الجهالة في المقر به يعني انها تمنع صحة الاقرار فان المجهول
لا يصلح مستحقا ذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته ان جهالة المقر انما تمنع
صحة الاقرار اذا كانت متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس اما اذا لم يكن متفاحشة
بان قال هذا العبد لاحد هذين الرجلين فلا تمنع ذلك وقال شمس الائمة السرخسي لا يصح
الاقرار في هذه الصورة ايضا لانه انما يجب لصاحب الحق وهو مجهول كذا في الكافي والاصح انه يصح لانه
يفيد فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول ثابت لانهما اذا اتفقا على اخذه فلهما
حق الاخذ انتهى قال في شرح الطحاوى وكذلك جهالة المقر تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول
لرجل لك على احد نا الف درهم لان المقضي عليه مجهول وهكذا ذكره كثير من شروح هذا الكتاب
نقلا عنه اقول في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور نظر اذ الظاهر ان الجهالة فيه
في المقر عليه لا في المقر لانه متعين وهو المتكلم والاولى في التمثيل ذلك ان يقال نحو ان يقول لرجل احد من جماعة
او من اثنين لك علي الف ولا يدري عاينهم وايهما قال ذلك ويقال لرجل المجهول هذا اللفظ التدريجي بخصمه

يعني يقال للمقر فيما اقر بمجهول بين المجهول لان التجهيل من جهته اي من جهة المقر يعني ان الاجمال وقع من جهته
فعليه البيان ولكن لا بد ان يبين شيئا يثبت دينا في الذمة قل او كثر نحو ان يبين حبة او فلسا او جوزة
او ما اشبه ذلك اما اذا بين شيئا لا يثبت في الذمة فلا يقبل منه نحو ان يقول عنيت حق الاسلام او
كفا من تراب او نحوه كذا في شروح الطحاوي وذكر في غاية البيان فصار كما اذا اعتق احد عبديه اي
فصار اقراره بالمجهول كما اذا اعتق احد عبديه في وجوب البيان عليه فان لم يبين اي فان لم يبين
المقر ما اجمله اجبره الحاكم على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره بالباء الجارة وفي بعض
النسخ بتصحيح اقراره وذلك اي الخروج عما لزمه بتصحيح اقراره بالبيان لا بغيره وبه قال الشافعي ومالك
واحمد وعن الشافعي في قول انه وقع الاقرار المبهم في جواب دعوى وامتنع عن التفسير يجعل ذلك انكارا
منه ويعرض اليمين عليه فان اصر جعلناه ناكلا عن اليمين وحلف المدعي وان اقر ابتداء يقال للمقر له ادع حقك
فان ادعى واقر او انكر يجري عليه حكمه كذا في معراج الدراية فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة
هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص في تعليله لانه اخبر عن الوجوب في ذمته كما يدل عليه لفظ على انها
للايجاب والالزام وما لا قيمة له لا يجب فيها اي في الذمة فاذا بين غيره اي غير ما له قيمة يكون رجوعا عن
الاقرار فلا يقبل قال اي القدوري في مختصره والقول قوله اي قول المقر مع يمينه اذا ادعى المقر له اكثر من ذلك
اي مما بينه يعني اذا بين المقر له ما له قيمة مما يثبت في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة
او فلس وجوزة فاما ان يساعده المقر له اولا فان ساعده اخذه وان لم يساعده بل ادعى عليه الزيادة
فالقول قول المقر مع يمينه لانه اي لان المقر هو المنكر فيه اي فيما ادعى عليه المقر له من الزيادة والقول قول المنكر
مع يمينه قال المص وكذا اذا قال لفلان علي حق اي لزمه هنا ايضا ان يبين ما له قيمة لما بينا انه اخبر
عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها وذكر في المحيط والمستزاد ولو قال الرجل لفلان علي حق ثم
قال مفصولا عنيت به حق الاسلام لا يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان تغيير باعتبار العرف
لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي وكذا لو قال غصبت
منه شيئا هذه من مسائل المبسوط ذكرها المص تفريعا على المسئلة القدورية يعني لو قال غصبت من فلان
شيئا صح اقراره ولزمه البيان ايضا والحاصل ان كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه
ذلك التصرف فالاقرار به مع الجهالة صحيح وذلك كالغصب والوديعة فان الجهالة لا تمنع تحقق
الغصب والوديعة فان من غصب من رجل مالا مجهولا في كيس او اودعه مالا مجهولا في كيس فانه يتحقق
الغصب والوديعة ويثبت حكمهما وكل تصرف يشترط لصحته وتحققه اعلام ما صادفه ذلك التصرف
فالاقرار به مع الجهالة لا يصح وذلك كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئا
او اجر من فلان شيئا او اشترى من فلان كذا بشيء لا يصح ولا يجبر المقر على تسليم شيء وهذا لان

الثابت بالاقرار كالثابت معاينة ولو عاينا انه باع منه شيئا مجهولا لا يجب تسليم شيء بحكم هذا البيع لكونه
فاسدا فكذا اذا ثبت بالاقرار ولو عاينا انه غصب شيئا مجهولا في كيس يجبر على الرد فكذا اذا ثبت بالاقرار
واذا صح الاقرار بالغصب مع الجهالة يجبر المقر على البيان فقال للمقر له كذا في الكافي والمحيط البرهاني ويجب
ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة اي اعتمادا عليها واعلم انه ذكر في المبسوط رجل
قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه به ما بينه ولا بد من ان يبين شيئا هو مال لان الشيء
حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب دليل على المالية فيه فان الغصب لا يرد
الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون اقرارا بشراء ما هو
مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من ان يبين ما يجري فيه التمانع بين الناس حتى لو فسره بحبة
حنطة لا يقبل ذلك منه لان اقراره بالغصب دليل على انه كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى لو غلب عليه
فغصبه وهذا مما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئا بهذه الصفة قبل بيانه لان هذا بيان مقرر لاصل
كلامه وبيان التقرير يصح موصولا كان او مفصولا ويستوي ان بين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد ان
يكون بحيث يجري فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذلك ان بين ان المغصوب دار فالقول
قوله وان كانت لا يضمن بالغصب عند ابي حنيفة واختلف المشايخ فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم
من يقول بيانه مقبول لانه موافق لمبهم كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع
فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل بيانه بهذا لان حكم الغصب لا يتحقق
الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه الى هنا لفظ
المبسوط وصرح في الايضاح وغيره بان الاول وهو قبول بيانه بان المغصوب زوجته او ولده اختيار
مشايخ العراق والثاني وهو عدم قبول بيانه بذلك اختيار مشايخ ما وراء النهر واذ قد عرفت ذلك تبين ان
المص اختار هنا قول مشايخ ما وراء النهر حيث قال ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة
يعني ان مطلق اسم الغصب ينطلق على اخذ مال متقوم في العرف هنا وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام كذا
لو قال غصبت منه شيئا يجب ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار
مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس
بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لا تجري بغصب
ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او في خمر المسلم يصح لانه مما يجري فيه التمانع فان قيل الغصب
اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده وهو لا يصدق على العقار وخمر المسلم فلزم نقض التعريف
او عدم قبول البيان فيهما فالجواب ان ذلك حقيقة وقد تترك الحقيقة بدلالة العادة كما عرف في موضعه وقد
اشار اليه بقوله تعويلا على العادة الى هنا كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان صحة ما ذكر في هذا الجواب

من ان حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة تنافي صحة ما ذكره في تعليل اصحية اختيار مشايخ ما وراء النهر فيما
بين ان المغصوب نعجته اوولده من ان الغصب انما هو مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال لان مشايخ العراق يقولون
ان لفظ الغصب يطلق على الزوج والولد عادة والتمانع فيه يجري بين الناس اكثر مما يجري في الاموال كما صرح به
في المبسوط وغيره وليس مبنى هذا القول منهم الا ان حقيقته تترك في ذلك بدلالة العادة فكيف يصح تعليل اصحية
اختيار مشايخ ما وراء النهر فيه بان الغصب انما هو مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال واما ثانيا فلان قوله وقد
اشار اليه بقوله تعني بلا عرف العادة لا يكاد يصح لان قول المص تعني بلا عرف العادة علة لوجوب ان يبين ما هو مال
يجري فيه التمانع ومعناه ان حقيقة الغصب وان تناول ما يجري فيه التمانع من الاموال وما لا يجري فيه
التمانع منها الا ان العادة خصصته بالاول فلا بد ان يبين ذلك ومقصوده الاحتراز عما ليس بمال كحبة حنطة
او قطرة ماء فانه لا يصح قطعا واما ان حقيقة الغصب تترك بدلالة العادة الى ما هو اعم منها فلا اشارة في كلامه
اصلا كيف ولو صح ذلك عنده وكان في كلامه اشارة اليه لما صح القول منه بوجوب ان يبين مالا اذ العادة جارية
قطعا على اطلاق لفظ الغصب على ما ليس بمال كالزوجة والولد الا ان يقال انه جار على اللغة لا على حقيقة الشرعية
وبالجملة ان كلام المص هنا مسوق على ما هو مختار مشايخ ما وراء النهر دون مشايخ العراق وفيما ذكره صاحب العناية
غلط للمذهبين ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال
احد في اقراره لفلان علي مال فالرجوع الى المقر في بيان قدر المال قال المص في تعليله لانه المجمل يعني ان المقر هو المجمل
فالرجوع في بيان المجمل الى المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير وهذا من تتمة كلام القدوري قال المص في تعليله
لان كل ذلك مال فانه اي المال اسم لما يتمول به وذلك موجود في القليل والكثير ثم قال المص الا انه اي المقر لا يصدق
في الاقل من درهم والقياس ان يصدق فيه ايضا لانه مال وفي الاستحسان لا يصدق فيه وجهه ترك
الحقيقة بدلالة العرف وقد اشار اليه بقوله لانه اي لان الاقل من درهم لا يعد مالا عرفا فان ما دون الدرهم
من الكسور لا يطلق اسم المال عليه عادة كذا في المبسوط قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
للحاكم الشهيد وقال له علي مال كان القول قوله فيه وفي درهم مال ثم قال وهذا اللفظ يوجب انه لا يقبل
قوله اذا بين اقل من درهم وقال بعضهم ينبغي ان يقبل قوله في البيان لان اسم المال ينطلق على نصف درهم
وسدس درهم كما ينطلق على الدرهم ثم قال والصحيح انه لا يقبل لان المال الذي يدخل تحت الالتزام في
الاقرار لا يكون اقل من درهم وهذا ظاهر في حكم العادة فحملنا عليه انتهى كلامه وقال الناطفي في اجناسه
وفي نوادر هشام قال محمد لو قال لفلان علي مال ان تقرب درهم ثم قال وقال في الهاروني لو قال لفلان علي
مال وهو على عشرة دراهم جياد ولا يصدق في اقل منه في قول ابي ح وزفر وقال ابو يوسف يصدق في ثلثة
دراهم ولا يصدق في اقل منه الى هنا لفظ الاجناس ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم هذا لفظ
القدوري يعني لو قال علي مال عظيم فعليه ما يجب فيه الزكوة وهو مائتا درهم وقال الشافعي هو مثل

الاول قلنا فيه الغاء لوصف العظيم فلا يجوز وقد اشار المص اليه بقوله لانه اقر بمال موصوف اي بمال موصوف بوصف
العظم فلا يجوز الغاء الوصف بل لا بد منه في البيان بما يعد عظيما عند الناس والنصاب عظيم في الشرع والعرف
حتى اعتبر صاحبه غنيا به فاوجب عليه مواساة الفقراء والغني عظيم عند الناس فكان فيما قلنا رعاية حكم الشرع و
العرف وهذا قول ابي يوسف ومحمد لم يذكر في مجموعة الاصل قول ابي ح في هذا الفصل فاختلفت رواية المشايخ عنه
فيه فاراد المص بيان ذلك فقال وعن ابي ح اي روي عنه انه اي المقر في هذا الفصل لا يصدق في اقل من عشرة
دراهم وهي نصاب السرقة ونصاب المهر ايضا لانه اي لان هذا النصاب عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح
به البضع المحترم وعنه اي عن ابي ح مثل جواب الكتاب اي مثل ما ذكر في مختصر القدوري من انه لا يصدق في
اقل من مائتي درهم قال في غاية البيان وهو الصحيح لانه لم يذكر عدد داخل تحت اعادة اللفظ فيه فاوجبنا
العظيم من حيث المعنى وهو المال الذي يجب فيه الزكوة لانه اقل مال عظيم له خطر في الشرع انتهى وذكر صاحب
العناية ايضا قيل هذا قوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اقول فيه بحث لان التعليل المذكور
لا يفيد كونه ما في هذه الرواية هو الصحيح لان ايجاب العظيم من حيث المعنى متفرع على كلتا الروايتين
وانما التنازع في ان ذلك العظيم ما ذا هل هو نصاب الزكوة ام نصاب السرقة والمهر فقوله وهو المال الذي يجب
فيه الزكوة غير مسلم على الرواية الاخرى وكذا قوله لانه اقل مال له خطر في الشرع اذ لصاحبها ان يقول بل هو
المال الذي يجب فيه قطع اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وهو اقل مال له خطر في الشرع فلا يتم التقريب
قال شمس الائمة السرخسي والاصح ان قول ابي حنيفة انه يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير
عظيم واضعاف ذلك عند الغني حقير وكما ان المائتين عظيم في حكم الزكوة فالعشرة عظيم في حكم قطع يد السارق وتقدير
المهر بها فوقع التعارض فيرجع الى حال المقر كذا في فتاوى قاضي خان وذكر في بعض الشروح وهذا اي ما ذكر من
انه لا يصدق في اقل من مائتي درهم اذا قال من الدراهم اي اذا قال علي مال عظيم من الدراهم سوآء قال كذلك ابتداء او قال
في الابتداء له مال عظيم ثم بين مراده من المال العظيم بالدراهم فقول صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح قول المص
هذا اذا قال من الدراهم اي بين وقال اذ مراده بالمال العظيم الدراهم لا يخ عن تقصير اما اذا قال من الدنانير اي
اذا قال ذلك ابتداء او ثانيا عند البيان فالتقدير فيها اي في الدنانير بالعشرين اي بعشرين مثقالا لانه نصاب الزكوة
في الذهب وفي الابل بخمس وعشرين يعني وفيما اذا قال من الابل تقدير بخمس وعشرين ابلا لانه ادنى نصاب
يجب فيه من جنسه كعشرين مثقالا في الدنانير ومائتي درهم في الدراهم والحاصل انه يقدر بنصاب من جنس
الاموال فالمعتبر اقل ما يكون نصابا في ذلك الجنس فان قيل ينبغي ان يقدر في الابل بخمس لانه يجب فيها شاة
فكان صاحبها غنيا قلنا هو المال العظيم من جنس يجب فيها الزكوة وليست بمال عظيم من جنس حتى لا يجب
فيها من جنسها فاعتبر ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى الكامل كذا في الكافي وبعض
الشروح وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب يعني وفيما اذا بين بغير مال الزكوة يقدر بقيمة النصاب

اي بقدر النصاب قيمة ولو قال اموال عظام اي ولو قال على اموال عظام بصيغة الجمع فالتقدير بثلث نصب من نوع
سماه اي من اي نوع سماه حتى لو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة دراهم ولو قال من الدنانير كان بستين
مثقالا ولو قال من الابل كان بخمس وسبعين من الابل وغير ذلك من الاجناس على هذا كذلك اعتبارا لادنى الجمع فان
ادنى الجمع ثلثة فيحمل على ثلثة اموال عظام وهي ثلثة نصب من جنس ما سماه ولو قال على مال نفيس او كريم او
خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا وكان الجرجاني يقول يلزمه مائتان كذا في النهاية ومعراج الدراية
نقلا عن الايضاح والذخيرة وفي غاية البيان نقلا عن الفتاوى الصغرى قال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن
ابي يوسف قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان اقل الدراهم ثلثة والتضعيف اقله مرة فيضعف
مرة قال له على دراهم اضعافا مضاعفة او قال مضاعفة اضعافا فعليه ثمانية عشر لان الاضعاف جمع
الضعف فيضاعف ثلثة ثلث مرات فكانت تسعة وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيكون ثمانية
عشر وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة واضعافها ثلث مرات فيكون ثمانية عشر قال على عشرة
دراهم واضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان اضعاف العشرة ثلثون فاذا ضمت الى العشرة كان اربعين
فاوجبها مضاعفة فيكون ثمانين الى هنا كلامه ولو قال دراهم كثيرة اي ولو قال لفلان على دراهم كثيرة لم يصدق
في اقل من عشرة دراهم هذا لفظ القدوري قال في تعليله وهذا عند ابي ح رح وعندهما لم يصدق في اقل من مائتين
وعند الشافعي يصدق في ثلثة دراهم ولا يصدق في اقل من ذلك وكذلك لو قال لفلان على دنانير كثيرة لم يصدق
عند ابي ح في اقل من عشرة دنانير وعندهما في اقل من عشرين مثقالا وعند الشافعي في اقل من ثلثة دنانير كذا
ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال القدوري في كتاب التقريب روى ابن سماعة عن ابي
يوسف عن ابي ح مثل قولهما وجه قول الشافعي انه وصف الدراهم بصفة لا يمكن العمل بها وهي الكثرة فيلغو كما
وذلك لان اثبات صفة الكثرة لمقدار من المقادير على التعيين غير ممكن لا باعتبار الحقيقة ولا باعتبار العرف
ولا باعتبار الحكم اما من حيث الحقيقة فلان الكثرة امر اضافي تصدق بعد الواحد على كل عدد واما من حيث
العرف فلان الناس متفاوتون في ذلك فكم من كثير عند قوم قليل عند الاخرين واما من حيث الحكم فلان حكم الشرع
يتعلق تارة بالعشرة عند البعض وبما دونه عند الاخر كما في نصاب السرقة والمهر ويتعلق تارة بالمائتين كما
في نصاب الزكوة وحرمة الصدقة ويتعلق تارة باكثر من مائتين كما في الاستطاعة في الحج في الاماكن البعيدة
فلم يمكن العمل بها اصلا فاذا تعذر العمل بها الغاها وذكرها فيعمل بقوله دراهم وينصرف الى ثلثة ووجه قول ابي يوسف
ومحمد ما اشار اليه المص بقوله لان صاحب النصاب يعني صاحب نصاب الزكوة مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره
بدفع زكوته والتصدق على الفقير بخلاف ما دونه اي بخلاف ما دون النصاب فان صاحبه مقل ولهذا
لم يلزمه مواساة غيره قال صاحب العناية في تقرير دليلهما وقالوا امكن العمل بها اي بالكثرة حكما لان
في النصاب كثرة حكمية فالعمل بها اولى من الالغاء انتهى اقول فيه نظر لان نصاب الزكوة وان كان له

كثرة في ترتب حكم وجوب الزكوة الا ان نصاب السرقة والمهر وهو العشرة عندنا له ايضا كثرة في ترتب حكم ثبوت
قطع اليد واستباحة البضع وكذا الاكثر من مائتين مما يحصل به الاستطاعة في الحج من الاماكن البعيدة له كثرة
في ترتب حكم وجوب الحج فيقع التعارض بين هاتين الكثرتين الحكميتين فلم يمكن العمل باحديهما على التعيين فقوله
لان في النصاب كثرة حكمية لا يجدي شيئا وهو ظاهر وكذا قوله فالعمل به اولى من الالغاء لان اولوية العمل به من الالغاء
لا يستلزم اولوية العمل به من العمل بما فيه كثرة اخرى فلا يتم المطلوب وقال صاحب الغاية في تقرير دليلهما
ولابي يوسف ومحمد ان العمل بهذه الصفة وان تعذر من حيث الحقيقة والعرف كما قال الشافعي امكن العمل بها
حكما ولا يلغى من كلام العاقل ما امكن تصحيحه فيجب حمل الكثرة على الكثرة من حيث الحكم حتى لا تلغو هذه
الصفة فصار كانه قال لفلان على دراهم كثيرة حكما والدراهم الكثيرة حكما من كل وجه مائتا درهم لانها كثيرة
شرعا في حق القطع والمهر ووجوب الزكوة وحرمة الصدقة فاما العشرة ان كانت كثيرة في حق القطع وجواز
النكاح ففي حق حرمة الصدقة ووجوب الزكوة قليل ومطلق الاسم ينصرف الى الكامل من ذلك الاسم لا الى الناقص
واقل ما ينطلق عليه اسم الكثرة حكما من كل وجه مائتا درهم فاما العشرة بين القليل والكثير من حيث الحكم فكانت
ناقصا من حيث الكثرة حكما انتهى كلامه اقول فيه نظر لانه ما بسطه وان افاد في الظاهر اولوية حمل الدراهم
الكثيرة على المائتين من حملها على العشرة لكن لم يفد اولوية حملها على المائتين من حملها على الاكثر من المائتين
مما يترتب عليه حكم وجوب الحج من الاماكن البعيدة كما صرح نفسه ايضا في تقرير دليل الشافعي بل افاد
اولوية العكس لان الاكثر من المائتين هو الذي تحقق فيه الكثرة حكما من كل وجه فانه كثير في حق وجوب
الحج ايضا من الاماكن البعيدة واما المائتان فهو بين القليل والكثير بالنظر الى حكم الحج من الاماكن البعيدة
فكان ناقصا من حيث الكثرة حكما فلم يتم المطلوب تامل ولهذا اولا في ح ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع
اي عند كونه مميزا للعدد يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما يعني ان العدد اذا جاوز العشرة يصير
مميزه مفردا لا جمعا فيكون اي العشرة هو الاكثر من حيث اللفظ او من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف
اليه لان العمل بما دل عليه اللفظ اذا كان ممكنا ولم يوجد مانع من الصرف اليه لا يعدل الى غيره كذا في العناية لا يقال
ينبغي ان يصدق فيما بين الثلث والعشرة لانه كثير لانا نقول لما ذكر الكثرة صار كذكر الجمع فيستغرق اللفظ
ما يصلح له كذا في غاية البيان اقول بقي ههنا شيء وهو ان كون العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم
الجمع انما هو عند اقتران اسم الجمع بالعدد بان يكون مميزا له كما نبهنا اليه آنفا لا عند انفراده عنه
فانه يجوز ان يراد بجمع الكثرة حال الانفراد ما فوق العشرة الى ما لا نهاية له كما لا يخفى على العارف باللغة
ومسئلتنا مفروضة في حال انفراد الدراهم عن ذكر العدد فما معنى اعتبار حكم حال الاقتران فيها
البتة قال صدر الشريعة في شرح الوقاية في تعليل قول ابي ح في هذه المسئلة لان جمع الكثرة اقله
عشرة اقول ليس ذلك بصحيح اما اولا فلان جمع الكثرة اقله احد عشر لا عشرة على ما تقرر في علم

النحو قال الفاضل الرضي قالوا مطلق الجمع على ضربين قلة وكثرة والمراد بالقليل من الثلثة الى العشرة والحدان
داخلان وبالكثرة ما فوق العشرة انتهى واما ثانيا فلانه لو كانت علة قول ابي ح في هذه المسئلة كون اقل جمع
الكثرة عشرة لزم ان لا يصدق ايضا عنده في اقل من عشرة فيما اذا قال له علي دراهم بدون ذكر وصف الكثرة مع انه
يصدق هناك في ثلثة بالاتفاق كما سيأتي والاولى في تعليل قول ابي ح في هذه المسئلة ما ذكره صاحب العناية حيث
قال ولابي ح ان الكثرة من حيث الحكم غير مذكور نصا وانما تثبت ضرورة ان لا تصير صفة الكثرة لغوا فان العمل بها
باعتبار الحقيقة والعرف متعذر وما ثبت بمقتضى صحة الغير يثبت ادنى ما يصح به الغير وادنى ما يثبت الكثرة من حيث
الحكم عشرة دراهم فان القطع يتعلق شرعا بالكثير من المال لا بالقليل على ما روي انه كان لا يقطع في الشيء التافه ثم اعتبر
النصاب في حق القطع واستباحة البضع عشرة فيلزمه عشرة انتهى قال الشيخ ابو نصر البغدادي في الفرق لابي ح بين
قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم ان قوله دراهم كثيرة يفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى
العدد وقوله مال عظيم لا يتضمن عددا فوجب ان يحمل على المستعظم لا من حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا
فيجب الزكوة فيه فاعتبر ذلك ولو قال دراهم فهي ثلثة هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي دراهم وجب عليه ثلثة
دراهم بالاتفاق قال المص في تعليله لان اقل الجمع الصحيح يعني ان الدراهم جمع واقل الجمع ثلثة فيلزمه ثلثة لكونه
متيقنا اقول فيه بحث لانه ان كان لفظ الصحيح في قوله لانه اقل الجمع الصحيح صفة الجمع كما هو المتبادر
من ظاهر التركيب يرد عليه ان الدراهم ليس بجمع صحيح بل هو جمع مكسر فلم يطابق الدليل المدعى وان صفته لاقل كما
يشعر به قول صاحب الكافي لانه ادنى الجمع المتيقن عليه وقول صاحب العناية لانه اقل الجمع الذي لا خلاف فيه
بخلاف المثنى يتجه عليه ان كون اقل الجمع ثلثة انما هو في جمع القلة دون جمع الكثرة فان اقل جمع الكثرة احد عشر
بيانه انما والدراهم جمع كثرة اذ قد تقرر في كتب النحو ان جميع امثلة الجمع المكسر جمع كثرة سوى الامثلة
الاربع المعروفة وهي افعل وافعال وافعلة وفعلة عند الكل وسوى فعلة ككلمة عند الفراء وسوى افعلاء
كاصدقاء في نقل التبريزي ولفظ الدراهم ليس من احدها تلك الامثلة فكان جمع كثرة قطعا فلم يتم المطلوب ثم
اقول يمكن الجواب عن ذلك بوجهين على اختيار الشق الثاني من الترديد الاول ان الفاضل الرضي صرح بان كل
جمع تكسير للرباعي الاصلي حروفه مشترك بين القلة والكثرة ولا شك ان الدراهم من هذا القبيل فلما اشترك بين القلة
والكثرة كان اقله المتيقن هو الثلثة فتم المطلوب والثاني ان المحقق التفتازاني قال في التلويح في اوائل مباحث
الفاظ العام بصدد تحقيق ما ذهب اليه اكثر الصحابة والفقهاء وائمة اللغة من ان اقل الجمع ثلثة واعلم انهم
لم يفرقوا في هذا المقام بين جمع القلة والكثرة فدل بظاهره على ان التفرقة بينهما انما هي في جانب الزيادة بمعنى ان
جمع القلة مختص بالعشرة فما دونها وجمع الكثرة غير مختص بها لا انه مختص بما فوق العشرة وهذا اوفق
بالاستعمالات وان صرح بخلافه كثير من الثقات انتهى كلامه فيجوز ان يكون مدار الدليل المذكور على ما هو
الاوفق بالاستعمالات وتقريرات اهل الاصول من كون التفرقة بين جمعي القلة والكثرة في جانب الزيادة لا في جانب

النقصان فتدبر الا ان يبين اكثر منها هذا من تتمة كلام القدوري في مختصره يعني الا ان يبين المقر اكثر
من الثلثة في بيانه ما بينه قال المص لان اللفظ اي لفظ الجمع يحتمله اي يحتمل الاكثر من الثلثة ولا تهمة
فيه لكونه عليه لا له ويصرف الى الوزن المعتاد اي الوزن المتعارف وهو غالب نقد البلد لان المطلق
من الالفاظ ينصرف الى المتعارف كما في البيوع ولا يصدق في اقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه
كلامه قال في الصغرى وان لم يكن فيه شيء متعارف يحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر في الشرع
وهكذا ذكر في العناية وقال في البدائع وان كان الاقرار في بلد يتعاملون بدراهم وزنها ينقص عن
وزن سبعة يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا اقل من وزن
بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان في البلد اوزان مختلفة يعتبر فيه الغالب كما في نقد البلد
فان استوت يحمل على اقل الاوزان لانه متيقن به والزيادة مشكوك فيها فلا يثبت مع الشك انتهى اقول
بين المذكورين في التحفة والبدائع في صورة التساوي تفاوت بل تخالف لا يخفى ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق
في اقل من احد عشر درهما هذا لفظ القدوري في مختصره يعني لو قال له علي كذا كذا درهما لزمه احد عشر درهما
ولم يعتبر قوله في اقل من ذلك قال المص في تعليله لانه اي المقر ذكر عددين مبهمين اي ذكر لفظين هما كنايتان
عن العدد المبهم ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك اي اقل ما كان عددين ليس بينهما حرف العطف من المفسر اي من
العدد المفسر المصرح به احد عشر واكثره تسعة عشر فانه يقال احد عشر الى تسعة عشر فيلزمه الاقل المتيقن
من غير بيان والزيادة تتوقف على بيانه ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين هذا ايضا لفظ
القدوري في مختصره قال المص في تعليله لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد
وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره يعني ان لفظ كذا كناية عن العدد والاصل في استعماله اعتباره بالمفسر اي العدد
الصريح فاله نظير في الاعداد المفسرة يحمل على اقل ما يكون من ذلك النوع لكونه متيقنا فاذا قال له علي كذا كذا
درهما فكانه قال له علي احد عشر درهما واذا قال له علي كذا وكذا درهما فكانه قال له علي احد وعشرون درهما ولو قال
كذا درهما فهو درهم هذه المسئلة ذكرها المص تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكرها محمد رح في الاصل
يعني لو قال له علي كذا درهما فالواجب عليه درهم واحد لانه اي لان درهما في قوله كذا درهما تفسير للمبهم اي تعيين
للشيء المبهم وهو كذا لانه كناية عن العدد المبهم واقل المتيقن واحد فيحمل عليه وذكرت هذه المسئلة
في بعض المعتبرات كالذخيرة والمحيط والتتمة وفتاوى قاضي خان على خلاف ما ذكره المص فانه قال
في الذخيرة والمحيط وفي الجامع الاصغر اذا قال لفلان علي كذا درهما فعليه درهمان لان هذا اقل ما يعد
لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء اخر وقال في التتمة وفي الجامع الاصغر اذا قال كذا دينارا فعليه ديناران
لان هذا اقل العدد لان الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء اخر وقال في فتاوى قاضي خان لو قال لفلان
علي كذا دينارا فديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان انتهى اقول فيما ذكر في تلك الكتب نظر

لان عدم كون الواحد من العدد انما هو في اصطلاح الحساب واما في الوضع واللغة فهو من العدد قطعا وعن هذا
ترى ائمة النحو قاطبة جعلوا اصول العدد اثنتي عشرة كلمة واحد الى عشرة ومائة والف وقال العلامة الجوهري
في صحاحه الاحد بمعنى الواحد وهو اول العدد انتهى وقال المحقق الرضي في شرح الكافية لا خلاف عند النحاة في ان
لفظ واحد واثنان من اسماء العدد وعند الحساب ليس الواحد من العدد لان العدد عندهم هو الزائد على الواحد
ومنع بعضهم ان يكون الاثنان من العدد انتهى ولا شك ان كون كذا كناية عن العدد وليس مبنيا على اصطلاح الحساب
بل هو امر جار على اصل الوضع واللغة فكون اقل العدد اثنين عند الحساب لا يقتضي كون الواجب على المقر في المسئلة
المذكورة درهمين كما لا يخفى قال صاحب غاية البيان كان ينبغي ان يلزمه في هذه المسئلة احد عشر لانه اول
العدد الذي يقع مميزه منصوبا واذا كان كذلك ينبغي ان يصدق في درهم او القياس فيه ما قاله في مختصر الاسرار
انه قال له علي كذا درهما الزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين
فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن انتهى كلامه وقال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان يجب احد وعشرون درهما لانه
اقل عدد يجيء مميزه منصوبا قلت الاصل براءة الذمة فيثبت الادنى المتيقن انتهى اقول ليس جوابه بسديد تام
لان كون الاصل براءة الذمة انما يقتضي كون الثابت ادنى ما يتحمله لفظ المقر دون الادنى مطلقا كما لا يخفى ومعنى
السؤال ان ادنى ما يتحمله لفظ المقر في هذه المسئلة انما هو احد عشر بدلالة كون المميز منصوبا فينبغي ان يكون
الواجب عليه احد عشر درهما وما ذكر في الجواب لا يدفع قطعا ثم اقول الحق في الجواب ان يقال ان قوله كذا درهما
وان كان نظير الاحد عشر درهما في كون المميز منصوبا لكن ليس بنظير له في نفس المميز المنصوب لان احد عشر عدد مركب
ولفظ كذا ليس بمركب فما لم يكن نفس كذا نظير الاحد عشر لم يفد الاشتراك في مجرد كون مميزهما منصوبا
وهذا امر لا سترة به قال في الاختيار شرح المختار وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر
للعدد عرفا واقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون انتهى وذكره الامام الزيلعي في شرح
الكنز نقلا عنه وقال صاحب معراج الدراية وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحيلة عن محمد انه ذكر اذا قال كذا درهما
لزمه عشرون عنده لانه اقل عدد يفسره الواحد المنصوب بخلاف ما ذكر في الهداية والذخيرة والتتمة وفتاوى
قاضيخان كما ذكرنا ولم اجد في الكتب المشهورة لاصحابنا انتهى كلامه اقول كانه لم ير ما ذكر في مختصر الاسرار وشرح
المختار او لم يعدهما من الكتب المشهورة لاصحابنا او اراد انه لم يجده منقولا عن محمد في الكتب المشهورة لاصحابنا
ثم ان التعليل المذكور في المنقول الذي مر وهو قوله لانه اقل عدد يفسره الواحد المنصوب قاصر في الظاهر لان اقل عدد
يفسره الواحد المنصوب انما هو احد عشر دون عشرين فكان مراده انه اقل عدد غير مركب يفسره الواحد كما صرح به في غيره
وان لم يكن لفظه مساعدا له قال المص ولو ثلث كذا بغير واو اي لو ذكر لفظ كذا ثلث مرات بغير واو فقال كذا كذا كذا
درهما فاحد عشر اي فالذي يلزمه احد عشر درهما لا غير لانه لا نظير له سواه اي لا نظير له في الاعداد الصريحة سوى احد
عشر يعني سوى ما اذا قال احد عشر فيحمل الاثنان منه على كذا الثلاثة على احد عشر لكونهما نظيري عددين صريحين ليس

بينهما

بينهما حرف العطف واقل ذلك احد عشر ويحمل الواحد منهما على التكرير والتاكيد ضرورة عدم ثلثة اعداد مجتمعة ذكرت
بلا عاطف كذا قالوا وان ثلث بالواو بان قال كذا وكذا وكذا فمائة واحد وعشرون اي فالذي يلزمه هذا المقدار وان ربع بان
قال كذا وكذا وكذا وكذا يزاد عليها اي على مائة واحد وعشرين الف فيلزمه الف ومائة واحد وعشرون لان ذلك نظيره
اي لان العدد الذي ذكرنا انه يلزمه في صورتي التثليث والتربيع نظير ما ذكره المقر في تينك الصورتين اي اقل ما كان نظيرا له
فحكم يكون قوله لان ذلك نظيره تعليلا لمجموع الصورتين كما هو الظاهر من عدم ذكر التعليل في صورة التثليث وتاخيره الى هنا ويحتمل
ان يكون ذلك تعليلا لقربيه اعني صورة التربيع ويكون تعليل صورة التثليث متروكا لانفهامه مما ذكره في غيرها
كما يشعر به تحرير ما جعله في [illegible] ولو قال كذا وكذا درهما فمائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعتبر فيه ثلثة
اعداد مع العاطف ولو ربع يزاد عليها الالف لان ذا نظيره انتهى قال الامام الزيلعي في التبيين ولو خمس بالواو ينبغي
ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة الف ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد معطوفا بالواو زيد عليه
ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى انتهى وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هذا كله اذا قال بالنصب فاما اذا
قال درهم بالخفض بان قال كذا درهم يلزمه مائة درهم وقال هكذا روي عن محمد لانه ذكر عددا لم يبهمه مرة واحدة وذكر الدرهم
عقيبه بالخفض فيعتبر بعدد واحد مصرح يستقيم ذكر الدرهم عقيبه بالخفض واقل ذلك مائة درهم وان قال كذا كذا درهم
يلزمه ثلثمائة درهم لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض واقل ذلك
من العدد المصرح ثلثمائة لان ثلثا عدد ومائة عدد وليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما
انتهى كلامه وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد واذا اقر لفلان عليه كذا كذا درهما وكذا
كذا دينارا فعليه من كل واحد منهما احد عشر لانه لو افرد كل واحد منهما في الذكر لزمه احد عشر فكذلك اذا جمع بينهما يلزمه
من كل واحد احد عشر ولو قال له علي كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه احد عشر منهما جميعا وكيف يقسم القياس ان يكون خمسة
ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا انا نقول لو فعلنا ذلك لادى الى الكسر وليس في لفظه ما يدل على الكسر فيجعل
ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم فان قيل هلا جعلت ستة من الدنانير وخمسة من الدراهم قلنا لان الدراهم
اقل مالية من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا الى هنا كلامه قال وقال محمد في الاصل وان قال له علي او قبلي فهو
اقرار بالدين لم يذكر محمد هذه المسئلة في الجامع الصغير وانما ذكرها في الاصل اما وجه كونه مقرا بالدين في قوله علي فلان
الالزام بقوله لان علي صيغة ايجاب تقريره ان على كلمة خاصة للاخبار عن الواجب في الذمة واستحقاقها من المطلق
وانما يطلق اذا كان دينا في ذمته لا يجد بدا من قضائه ليخرج عنه كذا في النهاية وتقرير اخر ان الدين وان لم يذكر صريحا
في قوله علي فقد ذكر ما اقتضاه لان كلمة على يستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة
والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين لا العين كذا في غاية البيان وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الامام
المحبوبي واما وجه كونه مقرا بالدين في قوله قبلي فما اشار اليه بقوله وقبلي ينبئ عن الضمان لان هذا عبارة عن الزعيم
الا يرى ان الصك الذي هو حجة الدين يسمى قبالة وان الكفيل يسمى قبيلا لانه ضامن للمال كذا في النهاية نقلا

عن المبسوط على ما مر في الكفالة من انه ينعقد الكفالة بقوله انا قبيل لان القبيل هو الكفيل اقول ههنا نظر
لان القبيل بمعنى الكفيل وتضمنه معنى الضمان لا يقتضي كون قبلي منبئا عن الضمان لان كلمة قبل غير كلمة القبيل
فلم يذكر في كتب اللغة مجيء الاولى بمعنى الثانية قط بل الذي ذكره ائمة اللغة في كتبهم هو ان قبل فلان بمعنى
عنده وان قبلا بمعنى مقابلة وعيانا وانه يجيء قبل بمعنى طاقته فانهم قالوا رايته قبلا اي مقابلة
وعيانا قال الله تعالى او ياتيهم العذاب قبلا اي عيانا ولي قبل فلان اي عنده وما لي به قبل اي طاقة واما
استعمال كلمة قبل في معنى الضمان فلم يسمع منهم قط فالحاصل ان كتب اللغة غير مساعدة بهذه الرواية في
هاتيك المسئلة فتامل ولو قال المقر في قوله علي او قبلي وهو وديعة ووصل اي وصل قوله علي او قبلي
بقوله هو وديعة صدق لان اللفظ يحتمله اي يحتمل ما قاله مجازا اي من حيث المجاز حيث يكون المضمون حفظه
اي حفظ المودع فان المودع ملتزم حفظ الوديعة والمال محله اي محل الحفظ فقد ذكر المحل وهو المال
الوديعة واراد الحال وهو حفظه فيجاز مجازا كما في قولهم نهر جار لكنه تغير عن وضعه فيصدق موصولا لا
مفصولا لانه صار بيان تغيير وبيان التغيير يقبل موصولا لا مفصولا كما في الاستثناء قال اي المص رضي الله
وفي نسخ المختصر يعني مختصر القدوري في قوله قبلي اي وقع في قول المقر قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ
ينتظمهما اي ينتظم الدين والامانة حتى صار قوله اي قول القائل لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة
جميعا نص عليه محمد في الاصل حيث قال اذا قال لا حق لي على فلان برئ فلان عما هو مضمون عليه [illegible]
عنده فهو برئ مما اصله الامانة وان قال لا حق لي قبل فلان برئ مما عليه ومما عنده لان ما عنده قبله وما عليه
قبله انتهى والامانة اقلهما هذا تتمة الدليل يعني ان الامانة اقل الدين والامانة فيحمل قول المقر عليها لكونها
الادنى المتيقن قال المص والاول اصح اي ما ذكر في الاصل هو الاصح قال في الكافي والاول مذكور في المبسوط وهو
الاصح لان استعماله في الديون اغلب واكثر فكان الحمل عليه احرى عند اجتماعهما وقال في معراج الدراية والاول وهو
اقرار بالدين اصح ذكره في المبسوط وعلل بان استعماله في الدين اغلب واكثر فكان الحمل عليه اولى انتهى اقول لقائل
ان يقول ينتقض هذا التعليل بما اذا قال لا حق لي قبل فلان فانه لم يحمل هناك على الدين خاصة بل جعل ابراء عن
الدين والامانة جميعا بالاتفاق مع جريان هذا التعليل هناك ايضا ثم اقول يمكن دفع ذلك بابداء الفرق
بين المسئلتين بان احديهما صورة الاثبات ولما لم يتيسر جمع اثبات الدين واثبات الامانة في شيء واحد حمل
على ما هو الارجح منهما في هذه الصورة واما الاخرى فصورة النفي ولما تيسر جمع نفي الدين ونفي الامانة عن شيء حمل
على نفيهما معا في تلك الصورة ويؤيد هذا الفرق ما ذكره المص في باب الوصية للاقارب وغيرهم من كتاب الوصايا
حيث قال ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة ثم قال ولنا ان الجهة مختلفة
لان احدهما مولى النعمة والاخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا
حلف لا يتكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه انتهى كلامه والله اعلم

كان

كان قياس ترتيب وضع المسئلة ان يذكر اولا ما ذكره القدوري ثم يذكر ما ذكره في الاصل لان الهداية شرح
البداية التي تجمع مسائل الجامع الصغير ومختصر القدوري والزوايد عليهما مذكورة على سبيل التفريع الا ان
المص لما راى المذكور في الاصل هو الاصح قدمه في الذكر ولهذا لم يذكر في البداية غير ما ذكر في الاصل ولو
قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او صندوقي فهو اقرار بامانة في يده وهذه كلها من مسائل
الاصل قال المص في تعليلها لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده لا في ذمته وذلك اي ما كان في يده
يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما وهو الامانة توضيحه ان هذه المواضع محل للعين لا للدين
اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان يكون مضمونة وامانة والامانة ادناهما فيحمل عليها للتيقن
بها وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما لمكان معين فتكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين
لاستحالة كونه في هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت العين لما ذكرنا ولان هذه الكلمات
في العرف والعادة تستعمل في الامانة ومطلق الكلام يحمل على العرف كذا في التبيين فان قلت يشكل هذا
بما اذا قال له قبلي مائة درهم دين ووديعة او وديعة دين فانه اقرار بالدين لا بالامانة مع ان الامانة
اقلهما قلت تنوع الى الضمان والامانة فيما نحن فيه انما نشاء من لفظ واحد وفي تلك المسئلة من
لفظين والاصل ان احد اللفظين اذا كان للامانة والاخر للدين فاذا اجتمع بينهما في الاقرار ترجح
الدين كذا في المبسوط وهذا المعنى وهو استعارة اللفظ الذي يوجب الدين لما يوجب الامانة ممكن
لا على العكس لانه حينئذ يلزم استعارة الادنى للاعلى وذلك لا يصح كما لا يصح استعارة لفظ الطلاق
للعتاق واما في الاول فكان فيه استعارة الاعلى للادنى وهو صحيح كاستعارة العتق للطلاق
والاستعارة انما تصح في اللفظين لا في اللفظ الواحد المحتمل للشيئين بل انما ينظر فيه الى الاعلى
المحتمل والادنى المتيقن فيحمل على الادنى المتيقن لثبوته تيقنا انتهى ولو قال له رجل لي
عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها فهو اقرار هذا كله لفظ القدوري
في مختصره يعني ان ما ذكره المجيب في هذه الصور كلها يكون اقرارا بالمدعى لانه ما خرج جوابا اذ لو لم
يكن كلاما مستقلا راجعا الى المذكور اولا فكانه اعاده بصريح لفظه فلما قرن كلامه في الاول
والثاني بالكناية رجع الى المذكور في الدعوى وهو ما اشار اليه المص بقوله لان الهاء في الاول والثاني
اي في قوله اتزنها وفي قوله انتقدها كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال في الاول اتزن
الالف التي لك علي وفي الثاني انتقد الالف التي لك علي فصار كما لو اجاب بنعم لكونه غير مستقل
بنفسه وقد اخرجه مخرج الجواب حتى لو لم يذكر حرف الكناية يعني الهاء لا يكون كلامه اقرارا بالدعوى
لعدم انصرافه اي لعدم انصراف كلامه الى المذكور اي الى المذكور في الدعوى لكونه مستقلا بنفسه
فكانه قال اقعد وزن انت الناس او تعاد اليهم دراهمهم واكتسب المال ولا تودي الدعوى الباطلة

والتاجيل انما يكون في حق واجب هذا اشارة الى تعليل كون قوله اجلني بها اقرارا يعني ان التاجيل انما
يكون في حق واجب لانه للترفيه فاقتضى ذلك ان يكون طلب التاجيل اقرارا بحق واجب والقضاء يتلو
الوجوب اي يتبع الوجوب هذا اشارة الى تعليل كون قوله قد قضيتكها اقرارا يعني ان القضاء
يقتضي سبق الوجوب لانه تسليم مثل الواجب فلا يتصور بدونه فقد ادعى قضاءها الا انها
تقر بوجوبها ودعوى الابراء بان قال ابرأتني منها كالقضاء اي كدعوى القضاء بلا بينة اشار بذلك الى
قوله يتلو الوجوب يعني ان الابراء ايضا يتلو الوجوب لان الابراء اسقاط وهذا انما يكون في مال
واجب عليه كذا في الكافي اقول ههنا اشكال وهو انه قد اطبقت كلمة الفقهاء في كتاب الاقرار
على ان قول المدعى عليه بالالف للمدعي قد قضيتكها او ابرأتني منها اقرار بوجوب الالف عليه وقالوا
في تعليل هذا ان القضاء يتلو الوجوب وكذا الابراء يتلوه وقد صرحوا في كتاب الدعوى في اكثر المعتبرات
وفي مسائل شتى من كتاب القضاء في الهداية والوقاية بان المدعى عليه بالالف لو قال للمدعي ليس
لك علي شيء قط او ما كان لك علي شيء قط ثم ادعى قضاء تلك الالف المدعى او ادعى ابراء المدعي اياه من
تلك الالف واقام بينة على ذلك سمعت دعواه وقبلت بينته عند اصحابنا سوى زفر وعللوا في تعليل
ذلك ان التوفيق يمكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة حتى قال المص هنالك الا ترى
انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ولم يعتبروا قول زفر هنالك القضاء يتلو
الوجوب وكذا الابراء وقد انكره فيكون مناقضا فكان بين كلاميهم المقررين في المقامين تدافع
لا يخفى فتدبر وكذا دعوى الصدقة والهبة يعني لو قال تصدقت بها علي او وهبتها لي كان
ذلك ايضا اقرارا لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب يعني ان الصدقة والهبة من قبيل
التمليك فدعوى الصدقة والهبة دعوى التمليك منه وذا لا يكون الا بعد وجوب
هذا القول ايضا اقرارا لانه تحويل الدين من ذمة الى ذمة وذا لا يكون بدون الوجوب
وكذلك قال والله لا اقضيكها اليوم ولا ازنها لك اليوم لانه نفي القضاء والوزن
في وقت بعينه وذلك لا يكون الا بعد وجوب اصل المال عليه فاما اذا لم يكن اصل المال
واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا ابدا فلا يحتاج الى تاكيد نفي القضاء باليمين
لانه في نفسه منتف كذا في المبسوط ولو قيل له هل عليك لفلان كذا فاومى
براسه نعم لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام الكلام لا من غيره
كذا في الكافي وغيره قال اي القدوري في مختصره ومن اقر
بدين موجلا فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل
لانه اقر بمال موصوف بانه موجل الى وقت فيلزمه

فيلزمه بالوصف الذي اقر به وهذا ليس بشيء لان الاجل حق من عليه المال فكيف يكون صفة للمال الذي ولكنه مؤخر
للمطالبة الى المضي فكان دعواه الاجل كدعوى الابراء كذا ذكر في باب الاستثناء من المبسوط قال المص في تعليل
قول اصحابنا لانه اي لان المقر بدين مؤجل اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه اي في ذلك المال فيصدق
في الاقرار بلا حجة دون الدعوى فصار اي فصار المقر في هذه الصورة كما اذا اقر لغيره بعبد في يده اي بعبد كائن
في يد نفسه بانه ملك ذلك الغير وادعى الاجارة اي ادعى انه استاجر هذا العبد من صاحبه فصدق المقر له
في الملك دون الاجارة فانه لا يصدق فيها فكذا ههنا في دعوى الاجل بخلاف الاقرار بالدراهم
السود اي بخلاف ما لو اقر بالدراهم السود وهي من البيض لانه اي لان السود صفة فيه اي في الدراهم وفيما اقر به
فيلزمه ما اقر به على الصفة التي اقر بها واما الاجل فليس بصفة في الديون الواجبة بغير عقد الكفالة كالعروض وثمن
البياعات والمهر وقيم المتلفات بل الاجل فيها امر عارض ولهذا لا يثبت بلا شرط والقول للمنكر في العارض وقد اشار اليه
وقد عرفت المسئلة في الكفالة فانه قال في فصل الضمان من كتاب الكفالة ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي
حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى الشهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال
ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن وقال وجه الفرق ان المقر اقر بالدين
ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد
المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بالشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار
اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان موجلا على الاصيل قال اي القدوري في مختصره ويستحلف
المقر له اي يستحلف المقر له في مسئلتنا هذه على الاجل اي على انكار الاجل لانه منكر حقا عليه فان المقر يدعي عليه
التاجيل وهو ينكر ذلك واليمين على المنكر بالحديث المشهور قال في النهاية والذخيرة في الفصل الاول من
كتاب الاقرار ولا يبطل الاقرار بالحلف حتى ان من اقر لرجل ثم انكر فاستحلف القاضي فحلف ثم اقام الطالب
بينة على اقراره قضى له بالمقر به فان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم وكذا لو قال مائة ودرهمان
او مائة وثلاثة دراهم ذكره الامام قاضي خان حيث قال في فتاواه ولو قال علي الف ودرهم وعلي الف
ودرهمان او علي الف وثلاثة دراهم كان الكل دراهم انتهى ولو قال مائة وثوب اي لو قال له علي مائة وثوب
لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه اي الى المقر قال المص وهو القياس في الاول يعني ان لو مائة ودرهم
واحد والرجوع في تفسير المائة الى المقر هو القياس في الفصل الاول ايضا وهو قوله له علي مائة ودرهم ونظائره
وبه قال الشافعي رحمه الله اي وبالقياس اخذ الشافعي في هذا الفصل ايضا لان المائة مبهمة والدرهم معطوف
عليها اي على المائة بالواو العاطفة لا تفسير لها لان العطف لم يوضع للبيان بل هو يقتضي المغايرة بين
المعطوف والمعطوف عليه فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وهو قوله له علي مائة وثوب ونحو ذلك
فلا بد من المصير الى البيان ولكن علماؤنا رحمهم الله فرقوا بين الفصلين واخذوا بالاستحسان في الدراهم والدنانير

والمكيل والموزون فجعلوا المعطوف عليه من جنس المعطوف فيما اذا قال له علي مائة ودرهم ومائة ودينار
اومائة وقفيز حنطة اومائة ومن زعفران قال المص وجه الاستحسان وهو الفرق بين الفصلين انهم اي ان الناس
استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره اي بذكر الدرهم مرة عقيب العددين الا يرى انهم يقولون
احد وعشرون درهما فيكتفون بذكر الدرهم مرة ويجعلون ذلك تفسيرا للكل وهذا اي استثقالهم فيما يكثر استعماله
وذلك اي كثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه وذلك اي كثرة الوجوب بكثرة الاسباب في الدراهم
والمكيل والموزون يعني فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات
حالة ومؤجلة ويجوز الاستقراض بها لعموم البلوى اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن ولا يكثر وجوبها فان
الثياب لا تثبت في الذمة دينا الا في السلم والشاة ونحوها لا تثبت دينا في الذمة اصلا فبقي اي فبقي هذا القسم
على الحقيقة اي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى المجمل لا الى المعطوف لعدم صلاحية العطف للتغيير الا عند
الضرورة وقد انعدمت هنا اقول في تقرير وجه الاستحسان على ما ذكره المص نظر اما اولا فلان اكتفائهم
بذكر الدرهم مرة عقيب العددين لا يجدي فيما نحن فيه اذ لم يذكر الدرهم فيه عقيب العددين بل انما ذكر عقيب
عدد واحد وهو المائة واما ثانيا فلانهم اكتفوا بذلك مثل الثوب ايضا عقيب العددين الا يرى الى ما سيأتي
انه اذا قال مائة وثلثة اثواب يكون الكل ثيابا بانصراف التفسير الى مجموع العددين المبهمين المذكورين
قبله ويمكن ان يتمحل في الجواب بان يقال المراد بالمعنى انهم استثقلوا تكرار المميز في كل عدد بل اكتفوا بذكره مرة في بعض
الاعداد دوما للاختصار الا يرى انهم اكتفوا بذلك عقيب العددين على الاطلاق والاطراد وكذلك اكتفوا به
في عدد واحد ايضا فيما يكثر استعماله ودورانه في الكلام كما نحن فيه نعم الاولى هنا ان يطرح من البين حديث
الذكر عقيب العددين ويقرر وجه الاستحسان على طرز ما ذكره في الكافي وغيره وهو ان قوله ودرهم بيان للمائة
عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم ونحوه واكتفوا بذكره مرة وهذا فيما يكثر استعماله وذا عند
كثرة الوجوب بكثرة اسبابه ودورانه في الكلام وذا فيما يثبت في الذمة كالاثمان والمكيل والموزون
بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها وثبوتها في الذمة فبقيت على الاصل قال في النهاية
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله في قوله مائة وثوب ان الكل من الثياب وكذلك في قوله مائة وشاة وجه
ان الثياب والغنم يقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانها لا تقسم قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة يتحقق
في اعدادها المجانسة فيمكن ان يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم انتهى وايضا فقد ماذكره الامام قاضيخان
في فتاواه حيث قال رجل قال لفلان علي الف وعبد عن ابي يوسف رحمه الله انه قال يعين في الاول
بما شاء ولو قال الف وشاة او الف وبعير او الف وثوب او الف وفرس فهي ثياب واغنام وانواع
ولا يشبه هذا بني ادم لان بني ادم لا يقسم الى هنا كلامه وقال الامام الزيلعي في التبيين بعد نقل
ذلك من النهاية وهذا ليس بظاهر فان عندهما يقسم العبيد كالغنم وانما لا يقسمون عند ابي حنيفة رحمه الله

انتهى فتامل قال المص وكذا اذا قال مائة وثوبان اي يرجع في بيان المائة الى المقر لما بينا من ان
الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب حيث يكون الكل
ثيابا بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف حتى تدل على
المغايرة فانصرف اليهما او فانصرف التفسير المذكور الى العددين جميعا لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكان
كلها اي كل الاحاد المندرجة تحت ذينك العددين ثيابا لا يقال الاثواب جمع لا يصلح مميزا للمائة لانها
لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد كذا في الكافي والشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بتمر
في قوصرة لزمه التمر والقوصرة القوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما تسمى
بذلك ما دام فيها التمر والا فهي زبيل مبني على عرفهم كذا في المغرب قال صاحب الجمهرة اما القوصرة فما احسبها
دخيلا وقد روي افلح من كانت له قوصرة يأكل منها كل يوم مرة ثم قال ولا ادري ما صحة هذا البيت
كذا في غاية البيان قال المص وفسره في الاصل اي فسر الاقرار بتمر في قوصرة في الاصل وهو المبسوط بقوله
اي بقول المقر غصبت تمرا في قوصرة ووجهه اي وجه جواب هذه المسئلة وهو لزوم التمر والقوصرة جميعا
ان القوصرة وعاء له اي للتمر وظرف له اي للتمر وغصب الشيء وهو مظروف وهو بحال انه مظروف لا يتحقق بدون
الظرف فيلزمانه اي فيلزم التمر والقوصرة المقر وكذا الطعام في السفينة اي وكذا الحكم فيما اذا قال
غصبت الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق اي وفيما اذا قال غصبت الحنطة في الجوالق الجوالق بالفتح
جمع جوالق بالضم والجواليق بزيادة الياء تسامح كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان ما كان الثاني
ظرفا للاول ووعاء له اي للاول نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في الجوالق وما كان الثاني مما لا
يكون وعاء للاول نحو قوله غصبت درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح لان يكون ظرفا لما اقر به
اولا فلغا اخر كلامه كذا في المبسوط وذكر في الشروح اقول يرد على هذا الاصل النقض بما اذا اقر بدابة
في اصطبل فان اللازم للمقر هنالك هو الدابة خاصة عند ابي حنيفة وابي يوسف كما سيأتي مع انه لا ريب ان الثاني
فيه صالح لان يكون ظرفا للاول ويمكن ان يقال انه ذكر فيما بيا بالتخلف لمانع وقيد عدم المانع في الاحكام الكلية
غير لازم كما صرحوا به في مواضع منها اول كتاب الوكالة بخلاف ما اذا قال غصبت من قوصرة يعني ان الحكم المذكور
في كلمة في واما الحكم في كلمة من فبخلاف لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنتزع يعني ان كلمة من لابتداء الغاية
فيكون اقرارا بابتداء الغصب من القوصرة وانما يفهم منه الانتزاع كذا في الكفاية ومعراج الدراية انتهى
اقتفاء الكافي وقال في النهاية لان كلمة من للتبعيض فانما يفهم منه الانتزاع انتهى وقال في غاية البيان
ووجه ذلك ان كلمة من تستعمل للتبعيض والتمييز فيكون الانتزاع لازما لها لان معناها ان من موضوعة للانتزاع
انتهى اقول الحق في توجيه كلام المص هنا ما ذهب اليه الفرقة الاولى لا ما ذهب اليه الفرقة الاخرى لان
كلمة من في قول القائل غصبت تمرا من قوصرة لا تحتمل معنى التبعيض اذ لا يصح ان يكون التمر بعض القوصرة فكيف

ليهم الانتزاع من التبعيض في ذلك القول واما انفهام الانتزاع من التبعيض عند استعمال كلمة من بمعنى التبعيض
في موضع اخر فلا يجري شيئا ههنا كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة بخلاف معنى الابتداء فان كلمة من في ذلك
القول تحتمل الابتداء قطعا فيتم التقريب جدا واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبت الحافا على حمار كان
اقرارا بغصب الحاف خاصة والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشي من محل لا يكون
مقتضيا غصب المحل كذا في المبسوط وذكره كثير من الشروح قال اي القدوري في مختصره ومن اقر
بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة انما قال لزمه الدابة خاصة ولم يقل كان اقرارا بالدابة خاصة لما ان هذا
الكلام اقرار بهما جميعا الا ان اللزوم على قول ابي حنيفة وابي يوسف في الدابة خاصة واليه اشار المص بقوله
لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى لان الغصب الموجب للضمان
لا يكون الا بالنقل والتحويل عندهما والاصطبل مما لا ينقل ولا يحول فلا يكون مضمونا بالغصب عندهما وعلى قياس
قول محمد رحمه الله يضمنهما اي يضمن الدابة والاصطبل لان محمدا رحمه الله يرى غصب العقار فيه خلاف في الضمان عنده
كما فيه خلاف في الاقرار ومثله الطعام في البيت اي ومثل الاقرار بالدابة في الاصطبل الاقرار بالطعام في البيت
قال في المبسوط ولو قال غصبتك طعاما في بيت كان هذا بمنزلة قوله طعاما في سفينة لان البيت قد
يكون دعاء للطعام فيكون اقرارا بغصب البيت والطعام الا ان الطعام يدخل في ضمانه بالغصب والبيت
لا يدخل في ضمانه في قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه مما لا ينقل ولا يحول الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل
وان قال لم احول الطعام من موضعه لم يصدق في ذلك لانه اقر بغصب تام وفي الطعام يتحقق ذلك بالنقل والتحويل
فكان هو في قوله لم انقله راجعا عما اقر به فلم يصدق فكان ضامنا للطعام وفي قول محمد رحمه الله هو ضامن
للبيت ايضا الى هنا لفظ المبسوط قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص
قال المص في تعليله لان اسم الخاتم يشمل الكل اي يتناول الحلقة والفص جميعا ولهذا يدخل الفص في بيع
الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما اسم الخاتم لزماه جميعا بالاقرار بالخاتم وان اقر له اي لغيره بسيف فله
النصل والجفن والحمائل النصل حديد السيف والجفن وهو الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء وهي علاقة السيف لان الاسم
اي اسم السيف ينطوي على الكل اي يشتمل على الكل عرفا فلا الكل وان اقر بحجلة الحجلة بفتحتين واحدة حجال العروس
وهي بيت يزين بالثياب والاسرة والستور كذا في الصحاح فله اي للمقر له العيدان بوقع النون جمع عود
وهو الخشب كالزيدان جمع دود والكسوة اي وله الكسوة ايضا لانطلاق الاسم اي اسم الحجلة على الكل عرفا
فلزم الكل وكذا لو اقر بدار او عرض لزمه جملة البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى ان المقر لو اقام بينة بعد ذلك
على ان البناء والاشجار له لم يصدق ولم يقبل بينة وكذا لو اقام المقر بالخاتم بينة على ان الفص له لا تقبل بينته
واما اذا قال هذا الخاتم لي الا فصه لك او هذا السيف لي الا حليته لك او هذه الجبة لي الا بطانتها لك
وقال المقر له الكل لي فالقول للمقر بعد ذلك ينظر ان لم يكن في نزع المقر به ضرر للمقر يؤمر المقر بالنزع والدفع

الى المقر له وان كان في النزع ضرر فالواجب على المقر ان يعطيه قيمة ما اقر به كذا في الذخيرة وان قال غصبت
ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه اي المنديل ظرف للثوب لان الثوب يلف فيه وقد مر ان غصب الشي وهو ظرف
لا يتحقق بدون الظرف وكذا اي وكذا الحكم لو قال على ثوب في ثوب لانه ظرف اي لان الثوب الثاني ظرف للثوب
الاول فيلزمه الثوبان جميعا بخلاف قوله درهم في درهم بخلاف ما لو قال على درهم في درهم حيث يلزمه
درهم واحد لانه اي لان قوله في درهم ضرب اي ضرب حساب لا ظرف كما لا يخفى وان قال ثوب في عشرة
اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف وفي الكافي وهو قول ابي حنيفة رحمه الله وفي التبيين وهو قول
ابي حنيفة او لا وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف
يعني ان كلمة في حقيقة في الظرف وقد امكن العمل بالحقيقة ههنا لان الثوب الواحد قد يلف لعزته ونفاسته
في عشرة اثواب فلا يصار الى المجاز قيل هو منقوض على اصله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب
حرير يلزمه الكل عند محمد في هذه الصورة ايضا مع ان عشرة اثواب حرير لا تجعل وعاء الكرباس عادة كذا في الشروح
وفي النهاية واليه اشار في المبسوط ولابي يوسف ان حرف في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله
تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك فان المراد به في ههنا معنى الظرف او معنى البين فلا
يثبت ما زاد على الواحد والاصل براءة الذمة لانها خلقت بريئة عن الحقوق فلا يجوز شغلها الا بحجة موجبة
ولم توجد فيما زاد على الواحد فلم يلزمه الا ثوب واحد على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء يعني ان مجموع العشرة ليس
بوعاء للواحد بل كل واحد منها موعى بما سواه فانه اذا لف ثوب في اثواب يكون كل ثوب موعى في حق ما وراءه ولا يكون
وعاء الا الثوب الذي هو ظاهرها فانه وعاء وليس بموعى فلفظة كل ههنا لمجرد التكثير لا للاستغراق
كما قالوا في نظائرها فاذا تحقق عدم كون العشرة وعاء للثوب الواحد لم يمكن حمل كلمة في على الظرف في قوله
ثوب في عشرة اثواب فتعين الاول اي المعنى الاول الذي هو البين محملا لكلمة في في قول المقر فكانه قال
على ثوب بين عشرة اثواب ولو صرح به بهذا المعنى لم يلزمه الا ثوب واحد قال كثير من الشراح في حل هذا المقام فاذا لم
يتحقق كون العشرة وعاء للثوب الواحد كان اخر كلامه لغوا وزاد على هذا من بينهم صاحب العناية ان قال
وتعين اول كلامه محملا يعني ان يكون في بمعنى البين انتهى اقول هذا الشرح منهم لا يطابق المشروح
اذ لا يساعد كلام المص جعل اخر كلام هذا المقر لغوا فان قوله فتعين الاول محملا يدل على ان لاخر كلام المقر
وهو قوله في عشرة اثواب محملا متعينا وهو معنى البين المذكور اولا فاذا تيسر لاخر كلامه بل تعين له محمل صحيح
من المعاني المستعمل فيها كلمة في لم يصح جعل ذلك لغوا من الكلام اذ يجب صيانة كلام العاقل عن اللغو بما امكن
ثم من العجائب ما زاده صاحب العناية فان قوله فتعين اول كلامه محملا بعد قوله كان اخر كلامه لغوا يدل على انه حمل
الاول في قول المص فتعين الاول محملا على كلام المقر وهذا مما يكون مما يابى عنه جدا قيد محملا ينافي تفسيره بقوله يعني ان
يكون في بمعنى البين لان الكون في بمعنى البين انما يتصور في اخر كلام المقر وهو قوله في عشرة اثواب دون اول كلامه وهو قوله

على ثوب او لا مساو لبعض البيت اصلا واعلم ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قد ختب على في
هذه المسائل كلها ان المراد في هذه المسائل كلها ان المظروف معين فشاد اليه ليستوي المعين والمنكر في ذلك الى ان
ظفرت بالرواية بحمد الله تعالى ومنه انه يستوي فيه المعرف والمنكر ويرجع في بيان المنكر اليه وهو ما قال في المحيط لو
قال غصبتك ثوبا في منديل فهو اقرار بغصب الثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه ولو قال درهما في درهم او درهما
في طعام لم يلزمه الا درهم والاصل في هذه المسائل انه في متى دخلت على ما يصلح ظرفا ويجعل ظرفا عادة اقتضى غصبهما والا
فغصب الاول دون غيره الى هنا كلامه ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة
هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله لان الضرب لا يكثر المال يعني ان اثر الضرب في تكثير الاجزاء
لا ازاد فيه وعشرة قيراط على ان خمسا الضرب في الممسوحات لا في الموزونات كذا قالوا ولان حرف في للظرف
حقيقة والدراهم لا تكون ظرفا للدراهم واستعمال في غير الظرف مجاز والمجاز قد يكون في بمعنى مع قال
الله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي وقد يكون بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل اي
على جذوع النخل وليس احدهما اولى من الاخر فلزمه خمسة باول كلامه ولغا آخره كذا في المبسوط وغيره وقال
الحسن يعني حسن بن زياد صاحب ابي حنيفة يلزمه خمسة وعشرون لانه الحاصل من ضرب خمسة في خمسة
عند اهل الحساب وقد مر جوابه انفا قال المص وقد ذكرناه في الطلاق اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق
لم يذكر المص هذه المسئلة ثم صريحا بل فهم ذلك من الطلاق الواقع بينا وبين زفر فيما لو قال انت طالق
ثنتين في ثنتين ونوى الضرب والحساب فعندنا تقع ثنتان وعنده تقع ثلث وانما ذكر مسئلة الاقرار
صريحا في كتاب الطلاق في شروح الجامع الصغير كذا في غاية البيان ولو قال اردت خمسة مع خمسة
اي لو قال المقر اردت بقوله خمسة في خمسة خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله قال
الله تعالى فادخلي في عبادي كذا في الكافي ولو قال عنيت خمسة وخمسة لزمه عشرة ايضا لانه استعمل في بمعنى
واو العطف كذا في المبسوط وقد ذكر المصنف في باب ايقاع الطلاق انه لو نوى بقوله واحدة في ثنتين واحدة وثنتين
تقع ثلث لانه يحتمله فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف وان نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلث
لانه في ياتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي ولو نوى الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا
فيلغو ذكر الثاني الى هنا لفظه قال صاحب النهاية ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط انه لو اراد بفي
معنى على ما حكمه عند علمائنا وذكر في الذخيرة ان حكمه ايضا كالحكم في ما لو قال لفلان على عشرة في عشرة ثم قال
عنيت به على عشرة او قال عنيت به الضرب لزمته عشرة عند علمائنا انتهى ولو قال له على من درهم الى
عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية
وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان اي الابتداء والانتهاء وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان
قال في النهاية والقياس ما قال زفر فانه جعل الدرهم الاول والاخر حدا ولا يدخل الحدود في المحدود كمن قال

لفلان

لفلان بعت من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين الحائطين لا يدخل الحائطان في الاقرار كذلك
ههنا لا يدخل الحدان وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قالا هو كذلك في حد قائم بنفسه كما في المحسوسات فاما فيما ليس بقائم
بنفسه فلا لانه انما يتحقق كونه حدا اذا كان واجبا فاما ما ليس بواجب فلا يتصور ان يكون حدا لما هو واجب وابو
حنيفة يقول الاصل ما قال زفر الا ان الحد غير المحدود وما لا يقوم بنفسه حد ذكرا وان لم يكن واجبا الا ان الغاية
الاولى لا بد من ادخالها لان الدرهم الثاني والثالث واجب ولا يتحقق الثاني بدون الاول لان الكلام
يستدعي ابتداء فاذا اخرجنا الاول من ان يكون واجبا صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو من ان يكون واجبا
ثم الثالث والرابع وهكذا بعده فلاجل هذه الضرورة ادخلنا في الغاية الاولى ولا ضرورة في ادخال الغاية
الثانية فاخذنا فيها بالقياس انتهى والحاصل ان ما قال ابو حنيفة في الغاية الاولى استحسان وفي الغاية الثانية
قياس وما قالاه في الغايتين استحسان وما قاله زفر فيهما قياس كذا في مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده وفي
قال لفلان على ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله اي للمقر له ما بينهما اي ما بين الحائطين وليس له من الحائطين
شيء اي لا يدخل الغايتان في هذه الصورة بالاتفاق قال المص وقد مرت الدلائل اي دلائل هذه المسائل في الطلاق
اي في باب ايقاع الطلاق من كتاب الطلاق فمن شاء الاطلاع عليها فليرجع فصل لما كانت
مسائل الحمل مغايرة لغيرها صورة وضع ذكرها في فصل على حدة والحق بها مسئلة الخيار اتباعا للمبسوط كذا في الشروح
ومن قال لحمل فلانة على الف درهم فهو لا يخلو عن ثلثة اوجه لانه اما ان يبين سببا او لا يبين ذلك فان بين
سببا فاما ان يكون ذلك السبب صالحا او غير صالح فان كان صالحا وهو الذي ذكره بقوله فان قال اوصى بها
اي الالف له اي للحمل وهو الجنين فلان او قال مات ابوه ابو الحمل فورثه اي فورث الحمل الالف انث ضمير الالف ولا
باعتبار الدراهم وذكره ثانيا الالف مذكر في الاصل قال في القاموس الالف من العدد مذكر ولو انث باعتبار
الدراهم جاز انتهى فالاقرار في هذا الوجه صحيح لانه بين سببا صالحا لثبوت الملك له اي للحمل يعني انه بين سببا
صالحا لثبوت الملك للحمل فلو عاينا لحكمنا بوجوب المال له عليه فكذلك اذا ثبت باقراره وهذا لان الاقرار صدر
من اهله مضافا الى محله ولم يتيقن بكذب ما اقر به فكان صحيحا كما لو اقر به بعد الانفصال لان الجنين
اهل لان يستحق المال الا ارثا والوصية ثم اذا وجد السبب فلا بد من وجود المقر له عنده فان جاءت
اي فلانة به اي بالولد في مدة يعلم بها انه اي الولد كان قائما اي موجودا وقت الاقرار لزمه اي لزم المقر ما اقر
والعلم بانه كان موجودا وقت الاقرار بطريقين احدهما حقيقي والاخر حكمي فالحقيقي ما اذا وضعته لاقل من ستة
اشهر والحكمي ما اذا وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت المراة معتدة اذ ح يحكم بثبوت النسب
فيكون ذلك حكما بوجوده في البطن واما اذا لم تكن معتدة وجاءت به لاكثر من ستة اشهر فلم يستحق شيئا كذا قالوا ثم
ان الشراح افترقوا ههنا في تعيين اول مدة يعلم بها ان الولد كان موجودا وقت اه فمنهم من ذهب الى انه من حين
الاقرار حيث قال بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار كما قاله صدر الشريعة ايضا في شرح الوقاية

ونهم من ذهب الى انه من وقت موت الموصي كما في الصلجانية وذكر في المبسوط ايضا اقول كـــ القول الاول وان
كان اوفق بالشروح في الظاهر حيث ذكر فيه كون الولد قايما وقت الاقرار الا ان القول الثاني هو الموافق للتحقيق
وهو لان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لا انشاء للحق ابتداء كما تقرر في صدر كتاب الاقرار فان مقتضى ذلك ان
يتقرر وجود المقر له عند تحقق سبب الملك لا عند تجرد الاقرار وسبب الملك فيما نحن فيه انما يتحقق وقت موت الموصي
او المورث فلا بد ان يتبرا اقل مدة يعلم بها وجود الحمل في وقت موت الموصي او المورث ليتقرر وجوده عند تحقق سبب
الملك فانه اذا جاءت بالولد لمدة هي اقل من ستة اشهر من وقت الاقرار او اكثر من سنتين من وقت موت الموصي او المورث
في غير العدة فالظاهر انه لا يلزم المقر للحمل شيء اما اذا جاءت به لاكثر من سنتين من وقت الموصي او المورث فلانه يتعين
ح ان الجنين لم يكن موجودا عند تحقق سبب الملك فلم يكن اهلا لاستحقاق المال ولا يفيد كونه موجودا عند تجرد الاقرار
لان الاقرار اخبار عن ثبوت الملك بسبب سابق لا انشاء الملك في الحال واما اذا جاءت لاكثر من ستة اشهر الى سنتين
من وقت موت الموصي او المورث في غير العدة فلانه لا يتعين ح كون الجنين موجودا عند تحقق سبب الملك بل يبقى على
مجرد الاحتمال ولا يثبت الحكم بالشك فلا يلزم المقر شيء وان كان موجودا وقت الاقرار كما اذا بين سببا غير صالح على ما
سياتي لكن بقي ههنا شيء على القول الثاني ايضا وهو انه اذا حصل العلم بوجود الجنين بالطريق الحكمي لا الحقيقي
وذلك بان وضعته لاكثر من ستة اشهر الى سنتين وكانت معتدة فالواجب الحكم ح بثبوت النسب فيكون ذلك حكما بوجوده
في البطن حين موت المورث او الموصي ولا يخفى ان الحكم بثبوت النسب انما يكون فيما اذا ولدت لاقل من سنتين من
وقت الفراق وهو لا يقتضي الحكم بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان يكون وقت موت المورث
او الموصي اكثر من سنتين ووقت الفراق اقل منهما فان قيل اعتبر اقل المدة في الطريق الحقيقي على القول الثاني من وقت
موت المورث او الموصي ففي الطريق الحكمي ايضا كذلك فلا يتصور ح ان يكون وقت موت المورث او الموصي اكثر من
سنتين والا لا يكون طريقا للعلم بذلك اصلا قلنا فعلى ذلك لا يثبت الحكم بثبوت النسب ح ايضا حتى يكون ذلك حكما
بوجوده في البطن حين موت المورث او الموصي لجواز ان يكون وقت موت المورث او الموصي اقل من سنتين ووقت
الفراق اكثر منهما فلا يتم الحكم ح بثبوت النسب فليتامل فان جاءت به اي ان جاءت فلانة بالولد ميتا فالمال للموصي
فيما اذا قال اوصى به له فلان والمورث فيما اذا قال مات ابوه فورثه حتى يقسم بين ورثتهما اي تقسيم المال
بين ورثة كل واحد من الموصي والمورث لانه اي لان ما قاله اقرار في الحقيقة لهما اي الموصي والمورث وانما ينتقل منهما
الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل اليه ههنا لانه مات قبل الولادة ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما نصفين
ان كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما ذكرا والاخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ
الانثيين كذا في الشروح قال بعض الفضلاء هذا اذا لم يكونا من اولاد ام الميت لما صرحوا من ان ذكورهم واناثهم
في الاستحقاق والقسمة سواء اقول لا حاجة الى هذا التقييد بالنظر الى وضع المسئلة وهو ان قال
المقر مات ابوه فورثه فلهذا لم يتعرض له شراح الكتاب وصاحب الكافي وغيرهم واما بالنظر الى مطلق الارث فلا بد

من التقييد

من التقييد وان كان السبب غير صالح وهو الذي ذكره بقوله ولو قال المقر باعني او اقرضني اي باع من الحمل او اقرض
لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا اي لان المقر بين سببا مستحيلا في العادة اذ لا يتصور البيع والاقراض من
الجنين لا حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه لا ولاية لاحد على الجنين حتى يكون تصرفه بمنزلة تصرف الجنين فيصير
مضافا اليه من هذا الوجه واذا كان ما بينه من السبب مستحيلا صار كلامه لغوا فلم يلزمه شيء فان قيل فهذا
يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار لا يصح وان كان موصولا قلنا ليس كذلك بل هو بيان سبب محتمل لانه
يشتبه على الجاهل فيظن ان الجنين يثبت عليه الولاية كالمنفصل فيعامله ثم يقر بذلك للجنين بناء على ظنه
ويبين سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا فكان كلامه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا كان مقبولا منه كذا
في المبسوط واكثر الشروح قال في العناية اجيب بانه ليس برجوع بل ظهر كذبه بيقين كما لو قال قطعت يد فلان
عمدا او خطا ويده صحيحة انتهى اقول فيه بحث لانه ان ظهر كذبه فانما ظهر في بيان ذلك السبب الغير الصالح
لا في اصل اقراره وهذا لا ينافي كون بيان السبب بذلك الوجه رجوعا عن اصل اقراره الواقع في اول كلامه بجواز ان
يكون صادقا في اصل اقراره بان كان له سبب صالح في نفس الامر ولكن قصد الرجوع فبين سببا مستحيلا بخلاف قوله
قطعت يد فلان وهي صحيحة فانه كاذب هناك في اصل اقراره بيقين فالظاهر في الجواب ما ذكر في المبسوط وغيره
فان قلت كما ان البيع والاقراض لا يتصوران من الجنين كذلك لا يتصوران من الرضيع ومع ذلك لو اقر بان عليه الف درهم
لهذا الصبي الرضيع بسبب البيع او الاقراض او الاجارة فانه صحيح يؤخذ به قلت الرضيع وان كان لا يتحقق منه
لكنه من اهل ان يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه وكذلك الاقرار وان كان لا يتصور منه لكنه يتصور من نائبه
وهو القاضي او الاب باذن القاضي واذا تصور ذلك من نائبه جاز للمقر اضافة الاقرار اليه لان فعل النائب يعد فعل
المنوب عنه كذا في النهاية وغيرها وان لم يبين سببا اصلا وهو المراد بقوله وان ابهم الاقرار لم يصح اي الاقرار
عند ابي يوسف قيل وابو حنيفة معه وبه قال الشافعي في قول وقال محمد يصح وبه قال الشافعي في الاصح
ومالك واحمد لان الاقرار من الحجج الشرعية فيجب اعمالها ما امكن وقد امكن ذلك بصدوره من اهله مضافا الى محله وقد امكن
اعماله ههنا اذ لا نزاع في صدوره عن اهله لانه هو المفروض وامكن اضافته الى محله بالحمل على السبب الصالح
وهو الميراث او الوصية تحريا للجواز وتصحيحا لكلام العاقل كالعبد المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره وان احتمل
الفساد بكونه صداقا او دين كفالة والجواز بكونه من التجارة كان جائزا تصحيحا لكلام العاقل ولابي يوسف ان الاقرار
مطلقه اي مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون له واحد المتفاوضين
في الشركة عليه اي على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير سبب التجارة كدين المهر وارش الجناية حتى يؤاخذ
العبد المأذون في حال رقه والشريك الاخر في الحال وفي الاقرار بدين المهر وارش الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون
في حال رقه ولا الشريك الاخر ابدا كذا في المبسوط فيصير اي فيصير المقر فيما اذا ابهم بدلالة العرف كانه صرح به اي
بسبب التجارة ولو صرح به كان فاسدا فكذا اذا ابهم قال في النهاية ولابي يوسف رحمه الله وجهان احدهما ما ذكر في

في الكتاب والثاني ما ذكره في الذخيرة فقال لان هذا اقرار صدر من اهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد كما قال محمد الا ان
حمله على الجواز متعذر لان للجواز وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس احدهما بان يعتبر سببا اولى
من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد ونظير هذا ما قالوا فيمن اشترى عبدا بالف درهم فقبضه المشتري قبل
نقد الثمن ثم باع المشتري مع عبد آخر له من البائع بالف وخمسماية وقيمتهما على السواء كان البيع في الذي اشتري من البائع
فاسدا وان احتمل الجواز لان للجواز وجهين بان يصرف اليه مثل الثمن او اكثر والجمع بينهما متعذر وليس احدهما باولى
من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فحكم بالفساد لهذا بخلاف العبد المأذون اذا اقر حيث يجوز لان للجواز جهة واحدة
وهي التجارة وللفساد جهات وهذا بخلاف ما لو بين سببا يستقيم به وجوب المال للجنين فصيته او ميراثا
كان الاقرار صحيحا لان جهة الجواز متعينة وهنا صرح به فكان محكوما بالجواز انتهى كلامه اقول الوجه الذي
ذكره في الذخيرة منظور فيه اما اولا فلانا لا نسلم ان كون كل واحد من الوصية والميراث وجها صالحا للجواز الاقرار
للحمل مع تعذر الجمع بينهما وعدم تعين واحد منهما في صورة ابهام الاقرار يقتضي تعذر الحمل على الجواز فيلزم الحكم
بالفساد لم لا يكفي في صحة الحمل على الجواز صلاحية وجه ما من الوجهين المذكورين للجواز وان لم يتعين خصوصيته فان
منهما الا يرى ان جهالة نفس المقر به لا تمنع صحة الاقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به غاية الامر انه
يلزم المقر بيان خصوصية وجه من ذينك الوجهين كما يلزمه بيان خصوصية المقر به المجهول في اقرار لا يلزم الحكم بالفساد
واما ثانيا فلان ذلك الدليل منقوض بما اذا قال لرجل لك علي الف درهم ولم يبين سببه فان هذا اقرار بالدين
صحيح بلا خلاف مع انه يحتمل الجواز وهو ظاهر والفساد بان يكون بسبب ثمن خمر او خنزير او دم او ميتة ولا شك
ان للجواز الدين اسبابا كثيرة متعددة لا اجتماع ليس لاحدها اولوية من الآخر واما ثالثا فلان النظير المذكور فيه ليس بتام
لان الجهالة في مسئلة بيع العبد المشتري مع عبد آخر من البائع ليست في السبب بل في قدر ثمن العبد الذي اشتراه
من البائع فانه لما جاز بيعه بوجهين بان يصرف اليه مثل الثمن الاول وبان يصرف اليه اكثر من الثمن الاول ولم يتعين
احد ذينك الوجهين بخصوصه وقعت الجهالة في ثمنه وجهالة الثمن في البيع مفسدة بلا كلام بخلاف جهالة السبب
في الاقرار كما تحققته على ان تعليل فساد البيع في تلك المسئلة بما ذكر ليس بتام ايضا لانه ينتقض بصحة بيع عبد آخر له
فان للجواز بيعه ايضا وجهين بان يصرف اليه ما بقي من مثل الثمن الاول للعبد المشتري من البائع او ما بقي من اكثر
منه فانه اذا صرف الى احد العبدين شيء من الثمن المسمى لهما يكون الباقي منه مصروفا الى الآخر ضرورة فتعدد وجه
الجواز في احدهما يقتضي تعدد وجه الجواز في الآخر ايضا مع ان بيع عبد آخر له في المسئلة المزبورة ليس بفاسد اجماعا
وينتقض ايضا بصحة بيع العبدين جميعا فيما اذا باع العبد المشتري بالف بعد نقد الثمن مع عبد آخر له من البائع بالف
وخمسماية فان التعليل المذكور يجري في هذه الصورة ايضا بعينه بل مع زيادة لانه لا يجوز ان يصرف الى العبد
المشتري من البائع في هذه الصورة اقل من الثمن الاول بخلاف الصورة الاولى فازداد في هذه الصورة وجه آخر للجواز
مع تخلف الحكم المذكور فيها ويمكن تعليل فساد بيع العبد المشتري من البائع في الصورة الاولى بوجه آخر لا يرد عليه شيء

ومما ذكر

مما ذكر في النقض فتامل ومراجع محلها قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح
اقراره ولزمه اي لزم المقر ما اقر به لان له اي للاقرار وجها صحيحا وهو الوصية به اي بالحمل من جهة غيره اي غير المقر
بان اوصى بالحمل مالك الجارية او مالك الشاة لرجل ومات فاقر وارثه وهو عالم بوصية مورثه بان هذا الحمل لفلان
واذا احتمل ذلك الوجه وجب الحمل عليه وهو المراد بقوله فحمل عليه قال الشراح ولا وجه للميراث في هذه الصورة
لان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل اقول ليس الامر كذلك فان الفقهاء صرحوا بانه لو اوصى بجاريته
الا حملها صحت الوصية والاستثناء وسياق المسئلة بعينها في كتاب الوصايا من هذا الكتاب فيجوز ان يوصي
مالك الحامل بالحامل لرجل ويستثني حملها ويموت فاذن تصير الحامل للموصى له والحمل للوارث الميت فلو اقر الموصى له بعد
ان قبض الحامل باستحقاقها بان حمل هذه الحامل لوارث الميت لزم بعد صح اقراره وكان له وجه صحيح وهو الميراث
فلا وجه لقولهم لا وجه للميراث في هذه الصورة ولا لتعليلهم اياه بان من له ميراث في الحمل له ميراث في الحامل تأمل جدا فانه
ما ذكرته وجه حسن دقيق لم يتنبه له الجمهور ثم اقول يشكل بهذه المسئلة الوجه الذي ذكر في الكتاب وفي المبسوط
من قبل ابي يوسف في المسئلة الاولى في صورة ابهام الاقرار فان مطلق الاقرار لم ينصرف هنا الى الاقرار بسبب التجارة
بان بيع الحمل من المقر له ونحو ذلك من الاسباب الغير الصالحة في حق الحمل بل صرف عندهم جميعا الى الاقرار بسبب
صحيح غير سبب التجارة فلم يتم ما ذكر في ذلك الوجه من ان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة فيصير كما اذا
صرح به فتدبر وقد راح جماعة من الشراح بيان الفرق لابي يوسف بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى فقال صاحب
العناية والفرق لابي يوسف بين هذه المسئلة حيث جوز الاقرار بالحمل وبين المسئلة الاولى حيث لم يجوز الاقرار
للحمل اذا ابهم الاقرار ان هنا طريق التصحيح متعين وهو الوصية بخلاف الاولى فان طريق التصحيح غير متعين
لازدحام الميراث والوصية واليه كان اشار محمد في الاصل لابي يوسف قال ارايت لو ولدت غلاما وجارية كيف
يقسم المال بينهما اثلاثا باعتبار الوصية او نصفين باعتبار الميراث فيه اشارة الى ان جواز الاقرار متعذر
لاحتماله وجهين ارثا ووصية انتهى وقال صاحب النهاية قد ذكرنا آنفا انه اذا كانت جهة الجواز
متعددة لا يحمل على الجواز لتزاحم جهات الجواز ولم تكن احدهما في الحمل عليها باولى من الآخر واما اذا تعينت جهة
الجواز فيحمل عليها فيصح الاقرار به كما في هذه المسئلة فان من جهة الميراث الوصية في حق الحمل عليه غير صحيح لانه لو
اي كان له نصيب في الحمل كان له نصيب ايضا في الام شيوع حقه في جميع التركة واما الوصية بحمل جارية او بحمل شاة
لا تكون وصية في الام فتعينت الوصية جهة للجواز فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف في صحة اقراره مطلقا
بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره مطلقا للحمل لما ذكرنا ان هناك لصحة اقراره مطلقا جهتين الميراث و
الوصية وليس لاحدهما اولوية من الاخرى فيبقى على البطلان انتهى وهكذا ذكر الفرق صاحب الكفاية ايضا اقول
مدار ما ذكروه من الفرق على حرفين احدهما ان تعدد جهة الجواز ينافي الحمل على الجواز وثانيهما ان جهة الجواز في
هذه المسئلة منحصرة في الوصية وقد عرفت ما في كل واحد منهما بما ذكرناه في المقامين فيما مر آنفا قال

اى القدورى فى مختصره ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط يعنى من اقر لرجل بشئ على انه بالخيار فى اقراره ثلثة ايام
صح الاقرار وبطل الشرط اما بطلان الشرط وصحة الاقرار فبالبيان فما ذكره المص بقوله لان الخيار للفسخ اى لاجل الفسخ
والاخبار لا يحتمل اى لا يحتمل الفسخ يعنى ان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا فهو واجب
العمل به اختاره او لم يختره وان كان كاذبا فهو واجب الرد لا يتغير باختياره وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار
فى العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه واما صحة الاقرار التى حكمها لزوم المقر به
كما اشار اليه بقوله ولزمه المال اى لزم المقر المال الذى اقر به فلما ذكره بقوله لوجود الصيغة الملزمة وهى قوله على
ونحو ذلك فلم ينعدم اى اللزوم وقيل اى الاخبار بهذا الشرط الباطل يعنى شرط الخيار اذ لا تاثير للباطل ولان الخيار
فى معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه وهو حكم العقد والاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط فكذلك لا يحتمل اشتراط
الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فانه ينفى حكم
الاقرار وهو اللزوم كما ان التعليق بالشرط يمنع وقوع الطلاق واشتراط الخيار لا يمنعه كذا فى المبسوط وغيره
قال فى المحيط البرهانى هذا اذا اقر بالمال مطلقا ولم يبين السبب فاما اذا بين السبب بان قال لفلان على الف
درهم من قرض او غصب بعينه او مستهلكا او وديعة بعينها او مستهلكة على انى بالخيار فالخيار باطل والمال لازم
لانه وان بين السبب الا ان اشتراط الخيار فيما بين من السبب لا يصح لان سبب الوجوب ان كان استهلاكا فالاستهلاك
بعد تحققه لا يحتمل الفسخ فلا يصح اشتراط الخيار فيه وان كان قرضا او غصبا بعينه او وديعة بعينها فكذلك لا يصح
اشتراط الخيار فيه وان كان قابلا للفسخ بالرد لان حق الفسخ للمقر ثابت بغير خيار بان يرد ما قبض فينفسخ القرض
والغصب فلا يكون فى اشتراط الخيار فائدة ولو قال لفلان على الف درهم من ثمن بيع على انى المقر بالخيار ولم يذكر
محمد رحمه الله هذا الفصل فى الاصل فى جانب المقر انما ذكره فى جانب المقر له ولا شك ان المقر له اذا لم يصدق المقر فى الخيار لا يثبت
له الخيار لانه فى الحاصل يدعى شراء بشرط الخيار وقد انكر البائع الخيار ولا شك انه يثبت متى صدقه المقر له فى ذلك لان
هذا اشتراط الخيار فى سبب الوجوب وهو الشرى واشتراط الخيار فى الشرى مستقيم بخلاف ما اذا ذكر المال مطلقا ولم يبين
السبب لان هناك الخيار مشروط فى الاقرار واشتراط الخيار فى الاقرار لا يستقيم فان كذبه المقر له فى الخيار واراد ان يقيم
بينة على الخيار لم يذكر محمد هذا الفصل فى الاصل قالوا ويجب ان لا يسمع بينة لان البينة انما تسمع اذا ترتب
على دعوى صحيحة ودعوى الخيار من المقر هنا لم تصح لمكان المناقضة الى هنا لفظ المحيط

باب الاستثناء

وما فى معناه لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع فى بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما فى معناه كونه
كالشرط ونحوه لان الاصل عدم التغيير قال اى القدورى فى مختصره ومن استثنى متصلا باقراره
اى موصولا باقراره لا مفصولا عنه صح الاستثناء ولزمه الباقى اى لزم المقر الباقى بعد الثنيا لان الاستثناء
مع الجملة اى مع صدر الكلام عبارة عن الباقى فان معنى قوله على عشرة الا واحدا معنى على تسعة لما عرف
فى الاصول ولكن لا بد من الاتصال لان الاستثناء بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وهذا قول عامة العلماء ونقل

اى الاقل منه

عن ابن عباس جواز التاخير وقد عرف ذلك ايضا فى الاصول وسواء استثنى الاقل من الباقى كما فى قوله لفلان على
الف الا اربعمائة او الاكثر منه كما فى قوله لفلان على الف الا ستمائة يعنى لا فصل بين كون المستثنى اقل او اكثر هو
ايضا قول الاكثر وفى الغاية وقال الفراء استثناء الاكثر لا يجوز لان العرب لا تتكلم بذلك وفى معراج الدراية
وقال الفراء لا يجوز استثناء الاكثر بل الاقل وعن احمد مثله انتهى وفى الكافى وعن ابى يوسف وهو قول مالك والفراء انه
لا يصح استثناء الاكثر انتهى ويوافقه ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه حيث قال واما اذا قال لفلان
على الف الا تسعمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء
وهو قول ابى يوسف على ما روى عنه فى غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى اكثر من المستثنى
منه انتهى قال جماعة من الشراح والدليل على جواز ذلك عندنا قوله تعالى قم الليل الا قليلا نصفه او انقص منه
قليلا او زد عليه اقول فى كون هذه الاية الكريمة دليلا على جواز استثناء الاكثر نظر لان صاحب الكشاف قال
فى تفسيرها نصفه بدل من الليل والا قليلا استثناء من النصف كانه قال قم اقل من نصف الليل ثم قال وان شئت جعلت
نصفه بدلا من قليلا فعلى كلا الوجهين لم يكن الاستثناء المذكور من قبيل استثناء الاكثر اما على الوجه الاول فلان
المستثنى لا يكون ح قدرا معينا مخصوصا حتى يحكم بانه اكثر من الباقى نعم يعلم ح انه اقل من النصف لكن يجوز ان يكون ذلك اقل
من الباقى ايضا واما على الوجه الثانى فلان المستثنى يكون ح هو النصف لا الاكثر والمدعى جواز استثناء الاكثر
فالاكثر فى الاستدلال عليه ما ذكر فى كثير من الشروح وهو ان طريق صحة الاستثناء ان يجعل عبارة عما وراء المستثنى
ولا فرق فى ذلك بين استثناء الاقل او الاكثر وعدم تكلم العرب به لا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم الا يرى
ان استثناء الكسور لم يتكلم به العرب وكان صحيحا ويوافقه ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما
استثناء الكثير من القليل بان قال لفلان على عشرة دراهم الا تسعة فجائز فى ظاهر الرواية وعليه درهم الا ما
روى عن ابى يوسف انه لا يصح وعليه العشرة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن ائمة اللغة ان
الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا وهذا المعنى كما يوجد فى استثناء القليل من الكثير يوجد فى استثناء الكثير من القليل
الا ان هذا النوع من الاستثناء غير مستحسن عند اهل اللغة لانهم انما وضعوا الاستثناء لحاجتهم الى استدراك
الغلط ومثل هذا الغلط نادر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الى استدراكه لكنه يحتمل الوقوع فى الجملة فيصح
انتهى كلامه ثم ان لجواز استثناء الاكثر دليلا آخر قويا ذكره ابن الحاجب فى مختصره من اصول الفقه وهو قوله تعالى
ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فان الغاوين اكثر بدليل قوله تعالى وما اكثر الناس ولو حرصت
بمؤمنين فان استثنى الجميع اى الكل بان قال لفلان على الف درهم الا الف درهم لزمه الاقرار اى لزم المقر
جميع ما اقر به وبطل الاستثناء اى بطل ما ذكر فى صورة الاستثناء لانه اى لان الاستثناء تكلم بالحاصل
بعد الثنيا اى بالباقى بعد الثنيا ولا حاصل بعده اى لا باقى بعد استثناء الجميع فلم يتحقق معنى الاستثناء
فيكون رجوعا اى فيكون ما ذكر فى صورة الاستثناء رجوعا عن الاقرار لا محالة لا استثناء حقيقيا والرجوع

عن الاقرار في حقوق العباد باطل وان كان موصولا لانه انما يصح موصولا لما يكون فيه معنى البيان الاول كلامه
والابطال ليس من البيان في شيء كذا في المبسوط وغيره قال في غاية البيان وكذلك اذا استثنى اكثر من الالف لانه لما لم
يجز استثناء الالف من الالف فلان لا يجوز استثناء الالف مع زيادة اولى قال المص وتقدم في الوصية والطلاق
اي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق اعلم ان هذا الذي ذكره فيما اذا كان المستثنى من جنس لفظ المستثنى منه
واما اذا كان المستثنى من خلاف جنس لفظ المستثنى منه صح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول
نسائي طوالق الا هؤلاء وليس له نساء الا هؤلاء صح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن ولو قال نسائي
طوالق الا نسائي لم يصح الاستثناء وطلقن كلهن وكذا لو قال عبيدي احرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء
وعتقوا كلهم ولو قال عبيدي احرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك لو قال
اوصيت بثلث مالي الا الف درهم ومات وثلث ماله الف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال
اوصيت بثلث مالي لفلان الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء كذا في شرح الطحاوي ولقد
افصح المص عن هذا في الباب الاول من ايمان الزيادات حيث قال استثناء الكل من الكل انما يصح اذا كان الاستثناء
بعين ذلك اللفظ اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح كما اذا قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال
الا عمرة وزينب وسعاد وحفصة اتى على الكل صح انتهى وقال صاحب النهاية بعد نقل ذلك ههنا وهذا الفقه وهو ان
الاستثناء تصرف لفظي فيبتنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم الا يرى انه اذا قال لامراته انت طالق ست تطليقات
الا اربعا يصح الاستثناء ويقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا مزيد له
على الثلث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا لما ذكرنا ان صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ
دون الحكم وتحقيقه هو ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام
او للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ وتصور
ان يدخل في ملكه غير هذه الجواري او العبيد فاذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ
لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه واقتفى اثره
صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية ايضا ولكن بتغيير سلوب تحريره اقول
التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المص في الزيادات لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول
فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام او للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه انما صار كلا ضرورة عدم ملكه فيما
سواه لا لامر يرجع الى ذات اللفظ وتصور ان يدخل في ملكه غير هذه الجواري او العبيد فاذا كان كذلك صح الاستثناء
بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا
فلم يصح الاستثناء انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية في بيان الفقه والتحقيق بعين تحريره وصاحب العناية
ايضا ولكن بتغيير سلوب تحريره اقول التحقيق الذي ذكروه مما لا يساعده لفظ المص في الزيادات

لان قولهم

لان قولهم ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول فهو يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام او للتكلم
بالحاصل بعد الثنيا انما يتمشى عند كونه غير اللفظ الاول اخص من اللفظ الاول بحسب المفهوم واما عند كونه مساويا
له بحسب المفهوم كما لو قال نسائي كذا الا حلائلي او الا ازواجي او كونه اعم منه بحسبه كما لو قال هؤلاء
طوالق الا اناثي فلا يتمشى ذلك قطعا ولو قال المص في الزيادات اما اذا كان بغير ذلك اللفظ فيصح يتناول
ما كان مساويا له وما كان اعم منه ايضا لان كل واحد منهما غير ذلك اللفظ لا عينه فيقتضي ان يصح الاستثناء فيهما
ايضا وليس الامر كذلك كما صرح به صدر الشريعة في التوضيح بعد ان قال الاستثناء المستغرق باطل واصحابنا
قيدوه بلفظه او بما يساويه نحو عبيدي احرار الا عبيدي او الا مماليكي لكن ان استثنى بلفظ يكون اخص منه في المفهوم
لكن في الوجود يساويه يصح نحو عبيدي احرار الا هؤلاء ولا عبيد له سواهم انتهى وقال بعض الافاضل في
اصوله بعد ان قال الاستثناء المستغرق باطل بالاتفاق وقال مشايخنا هذا اذا كان بلفظه نحو
نسائي طوالق الا نسائي او بما يساويه نحو طوالق الا حلائلي او باعم منه فان استثنى بلفظ يكون اخص منه في
المفهوم يصح وان يساويه في الوجود نحو نسائي طوالق الا زينب وهند وبكرة وعمرة او الا هؤلاء ولا نساء له
سواهن حتى لا تطلق واحدة منهن انتهى كلامه وقد ذكرنا فيما مر نقلا عن غاية البيان علم صحة الاستثناء
فيما اذا كان المستثنى اكثر من المستثنى منه او ما عم منه ولو قال له على مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة
لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز هذا لفظ القدوري في مختصره يعني يصح الاستثناء ويطرح
من المائة قيمة الدينار او قيمة قفيز الحنطة قال المص هذا اي الحكم المذكور عند ابي حنيفة وابي يوسف
استحسانا ولو قال له على مائة اي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء قياسا واستحسانا باتفاق اصحابنا
وقال محمد لا يصح فيهما اي في الوجهين وهو القياس وبه قال زفر واحمد وقال الشافعي يصح فيهما اي في الوجهين
وبه قال مالك لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ يعني ان الاستثناء تصرف في اللفظ وهو اخراج
بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولا الاستثناء لكان المستثنى داخلا تحت صدر الكلام وهذا المعنى لا يتحقق
في خلاف الجنس اي في استثناء خلاف الجنس واطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز وللشافعي انهما
اي المستثنى والمستثنى منه اتحدا جنسا من حيث المالية يعني ان الشرط اتحاد الجنس وهو موجود من حيث المالية
فانتفى المانع بعد تحقق المقتضي وهو التصرف اللفظي قال في الكافي والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف
في كيفية عمل الاستثناء فعنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة اي انما تمتنع ثبوت الحكم في المستثنى لدليل
معارض كدليل الخصوص في العام فتقدير قوله لفلان على عشرة الا درهما الا درهما فانه ليس على فعندهم
لو لم يتقدم للدليل العارض لاول كلامه لا لانه يصير بالاستثناء كانه لم يتكلم به لان اهل اللغة المتفق
ان الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي وهذا اجماع منهم ان للاستثناء حكما يعارض به حكم الصدر
ولان كلمة الشهادة كلمة توحيد بالاتفاق فلو لم يكن للاستثناء حكم يضاد حكم الصدر لكان هذا نفيا للشر

لا توحيد فاذا ثبت هذا الاصل فنقول العمل بالدليل المعارض واجب بحسب الامكان وقد امكن هنا للمجانسة من حيث
المالية وعندنا الاستثناء يمنع التكلم بحكمه بقدر المستثنى فيصير كالتكلم بما وراء المستثنى ويخرج كلامه في القدر المستثنى
من ان يكون ايجابا لقوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما فامتناع ثبوت الحكم لقيام الدليل المعارض يكون
في الايجاب لا في الاخبار وقد قال اهل اللغة قاطبة ان الاستثناء استخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا فيجمع بين
القولين ونقول انه استخراج وتكلم بالباقي بوضعه واثبات ونفي باشارته وانما ختير الاثبات في كلمة التوحيد
اشارة والنفي قصدا لانه المقصود اذ الكفار يقرون به الا انهم يشركون معه غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم
من خلق السموات والارض ليقولن الله فاذا ثبت هذا الاصل فنقول الى آخره وسلك صاحب النهاية هذا المسلك في حل
هذا المقام لانه قال في اثناء تقرير كلام الشافعي بعد قوله يجب العمل بالدليل المعارض بحسب الامكان فان كان
المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين فيمتنع العمل بقدره وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض
باعتبار القيمة فيمتنع ثبوت الحكم بقدر قيمة المستثنى وقد اقتفى اثره بعض الشراح وقال صاحب العناية
وكلام المص كما ترى يشير الى ان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه شرط عند الشافعي ايضا وهو الحق
وقرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط بناء على ان الاستثناء عنده يعارض الصدر وليس من شرط المجانسة
وليس بصحيح لانه يقول بالاخراج بعد الدخول بطريق المعارضة ونحن نقول بان الاستثناء لبيان ان الصدر
لم يتناول المستثنى فهو اخرج الى اثبات المجانسة لاجل الدخول منا انتهى كلامه اقول لم يقل احد من الشارحين
بان المجانسة بين المستثنى والمستثنى منه ليست بشرط عند الشافعي سوى صاحب العناية فانه قال ولا للشافعي
لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرط المجانسة الا ترى الى قوله وبلدة ليس بها انيس الا
اليعافير والا العيس قد استثنى من خلاف الجنس انتهى واما ما قاله صاحب النهاية ومن تبعه من انه ان كان المستثنى
من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في العين وان لم يكن من جنسه كان الدليل المعارض باعتبار القيمة
فليس بدال على ذلك لان المراد بالجنس في قولهم ان كان المستثنى من جنس المستثنى منه كان الدليل المعارض في
العين ما هو جنس صورة ومعنى لا مطلق الجنس الشامل لما هو جنس معنى فقط والا لم يتم قولهم كان الدليل المعارض
في العين كما لا يخفى على المتأمل فكان المراد بالجنس في قولهم وان لم يكن من جنسه ما هو جنس صورة ومعنى ايضا
فالمفهوم منه انتفاء المجانسة بهذا المعنى في بعض مواد الاستثناء وهذا لا ينافي كون المجانسة في الجملة
شرطا عند الشافعي ايضا في جميع مواد الاستثناء كما بين الدراهم والشيء من حيث المالية فقول الشارح الاكمل
قرر الشارحون كلامه على انها ليست بشرط ليس بتام وهما اي لابي حنيفة وابي يوسف ان المجانسة في الاول
اي في الوجه الاول وهو قوله له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة ثابتة من حيث الثمنية يعني ان شرط
الاستثناء المتصل المجانسة وهي في الوجه الاول ثابتة من حيث الثمنية دون الوجه الثاني وهو قوله له علي
مائة درهم الا ثوبا قال في العناية وتحقيقه ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا لا يرتاب فيه احد وانما الكلام

في تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على اخص اوصافها الذي هو الثمنية وهو الدنانير والمقدرات والعددي
المتقارب اما الدنانير فظاهر يعني ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء الدينار في الوجه الاول فظاهر
لان كلا من الدينار والدرهم من جنس الاثمان من حيث الذات بلا اشتباه والمكيل والموزون اوصافها اثمان يعني
واما ثبوت المجانسة من حيث الثمنية في صورة استثناء قفيز حنطة في الوجه الاول فلان المكيل والموزون اوصافها
اثمان توضيحه ان المكيلات والموزونات اثمان باوصافها وان لم تكن اثمانا من حيث الذات حتى لو عينت في العقد
يتعلق العقد بعينها الا انها اذا وصفت تثبت في الذمة حالا او مؤجلا ويجوز الاستقراض بها فكانت في حكم
الثبوت في الذمة كجنس واحد معنى وان كانت اجناسا صورة والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنى لا صورة
لانه تكلم بالمائة صورة كذا في الكافي والشروح اما الثبوت في الوجه الثاني فليس بثمن اصلا اي لا ذاتا ولا وصفا ولهذا
لا يجب بمطلق عقد المقاوضة بل يثبت سلما وهو مختص بالسلم كما لو بيع شيئا بعرض موصوف مؤجلا فلم يكن استثناؤه
من الدراهم استخراجا صورة ولا معنى لكان باطلا وما يكون ثمنا صلح مقدرا بكسر الدال على صيغة اسم الفاعل للدراهم
اي لما دخل تحت المستثنى من الدراهم لحصول المجانسة بينهما باشتراكهما في اخص الاوصاف فصار بقدره مستثنى
من الدراهم بقيمته فصار تقدير الكلام له علي مائة الا قدر قيمة المستثنى وفي الذخيرة اذا صح الاستثناء يطرح
قدر قيمة المستثنى من المقر به وان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما اقر به لا يلزمه شيء وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا
للدراهم لعدم المجانسة فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا وفي بعض النسخ فبقي المستثنى من الدراهم
مجهولا فلا يصح اي الاستثناء فيجبر على البيان ولا يمتنع به صحة الاقرار لما قرر ان جهالة المقر به لا تمنع
صحة الاقرار ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء لان جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى
منه فيبقى المقر به مجهولا كذا في النهاية ومعراج الدراية قال في الغاية ولقائل ان يقول المستثنى ثمن لا يصلح
مقدرا من حيث اللفظ او من حيث القيمة والاول مسلم وليس الكلام فيه والثاني ممنوع فان المقدرات
تقدر الدراهم من حيث القيمة والجواب ان التقدير الاستثنائي يقتضي حقيقة التجانس او معناه بما ذكرنا
من حيث اخص الاوصاف استحسانا فلا بد من تقدير التجانس ثم المصير الى القيمة وليس في كلمة غير المقدرات انتهى
اقول بقي هنا كلام آخر وهو انهم صرحوا بان ما يكون ثمنا بوصفه كالمكيل والموزون انما يكون ثمنا
واجبا في الذمة بسبب الوصف كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعين حتى لو عين
يتعلق العقد بعينه فيكون بيع مقايضة ولا يجب في الذمة ولو وصفت ولم يعين صار حكمه كحكم الدينار
والدرهم فيجب في الذمة فالظاهر ان مثل هذا انما يصلح ان يكون مقدرا للدراهم اذا كان موصوفا
لا مطلقا وفي مسئلتنا هذه لو يوصف قفيز حنطة بشيء فلا يصلح ان يكون مقدرا للدراهم فيبقى المستثنى
من الدراهم مجهولا في هذا الوجه ايضا فينبغي ان لا يصح الاستثناء في قوله الا قفيز حنطة فليتأمل في الجواب
قال الامام القدوري في مختصره ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار

قال الباب الاول لهذا اقرار المبسوط ولو قال غصبتك هذا العبد امس ان شاء الله لم يلزمه شئ استحسانا
وفي القياس استثناؤه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح في الانشاآت دون الاخبار
ولكنا استحسن لان الاستثناء مخرج للكلام من ان يكون عزيمة لا ان يكون في معنى الشرط فان الله تعالى اخبر
عن موسى عليه السلام حيث قال ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك والوعد من الانبياء
كالعهد من غيرهم فدل على ان الاستثناء مخرج للكلام من ان يكون عزيمة وقال النبي صلى الله عليه وسلم
من استثنى فله ثنياه والاقرار لا يكون ملزما الا بكلام هو عزيمة لكن انما يعمل هذا الاستثناء اذا كان متصلا
بالكلام لا اذا كان منفصلا عنه فان المنفصل بمنزلة النسخ والتبديل والمقر لا يملك ذلك في اقراره فكذا
لا يملك الاستثناء المنفصل وهذا بخلاف الرجوع عن الاقرار فانه لا يصح وان كان موصولا لان رجوعه
نفي لما اثبته فكان تناقضا والتناقض لا يصح مفصولا كان او موصولا اما هذا فبيان فيه تغيير وبيان
التغيير يصح موصولا لا مفصولا بمنزلة التعليق بالشرط انتهى ما في المبسوط قال المصنف تعليل مسئلة الكتاب
لان الاستثناء بمشية الله اما ابطال كما هو مذهب ابي يوسف او تعليق كما هو مذهب محمد كذا ذكره
الامام قاضيخان في طلاق الجامع الكبير واختاره بعض شراح هذا الكتاب وقيل الاختلاف على العكس
ذكره في طلاق الفتاوى الصغرى والتتمة واختاره بعض آخر من شراح هذا الكتاب وثمرة الخلاف تظهر فيما
اذا قدم المشية فقال ان شاء الله انت طالق عند من قال انه ابطال لا يقع الطلاق وعند من
قال انه تعليق يقع لانه اذا قدم الشرط ولم يذكر حرف الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط فيقع
وكيف ما كان لم يلزمه الاقرار كما بينه المصنف بقوله فان كان الاول وهو الابطال فقد بطل وان كان الثاني
وهو التعليق فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لان الاقرار اخبار عما سبق والتعليق انما
يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير
كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلغا تعليقه بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه
اي لا يطلع عليه فان وقوع مشية الله تعالى مما لا يكاد ان يطلع عليه احد والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح
لانه يكون اعداما من الاصل كما ذكرناه في الطلاق اي في فصل الاستثناء من كتاب الطلاق ولو قال لفلان
علي الف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا اقرار باطل لانه علقه بشرط في وجوده خطر والاقرار لا
يحتمل التعليق بالخطر لان التعليق بما فيه خطر يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق
والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق التعليق به
اصلا انما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين به انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط او الخطر
نحو قوله ان دخلت الدار او ان مطرت السماء او ان هبت الريح او ان قضى الله تعالى او ان اراده او رضيه او احبه
او قدره او يسره او ان بشرت بكذا او ان اصبت مالا او ان كان كذا او ان كان حقا وهذا كله مبطل للاقرار

اذا وصله بالكلام للمعنى الذي ذكرنا كذا في النهاية نقلا عن المبسوط وفي غاية البيان نقلا عن شرح الكافي للحاكم الشهيد
بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة وكذا
من حيث العرف لان الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء محل الاجل فحسب لان الدين المؤجل يصير حالا بالموت ومجيء راس الشهر
والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف فيكون تاجيلا اي فيكون ذكر هذه الاشياء تاجيلا اي دعوى الاجل
الى الاوقات المذكورة لا تعليقا اي لا يكون تعليقا بالشرط حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا لان دعوى الاجل من المقر
غير مقبولة عندنا الا ان يثبته بالبينة او يصدقه المقر له كما تقدم قال اي القدوري في مختصره ومن اقر
بدار واستثنى بناءها لنفسه بان قال هذه الدار لفلان الا بناءها فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا
الاقرار معنى اي تبعا لا لفظا اي مقصودا باللفظ لان البناء وصف في الدار والوصف يدخل تبعا لا قصدا ولهذا لو استحق
البناء قبل القبض في بيع الدار لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل يتخير المشتري والاستثناء تصرف في الملفوظ لانه يجعل
الملفوظ عبارة عما وراء المستثنى فما لا يتناوله اسم الدار لا يتحقق فيه عمل الاستثناء كذا قالوا اقول هذا وان
كان موافقا لما ذكره المصنف وغيره في كتاب الايمان من ان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم والبناء وصف فيها الا انه
مخالف لما ذكر في كتب اللغة فانه قال في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة وقال في القاموس الدار المحل يجمع البناء
والعرصة كما لا يخفى ان الظاهر المتبادر من ذلك ان تكون الدار اسما لمجموع البناء والعرصة لا اسما للعرصة وحدها فتامل فان قال
تاج الشريعة فان قلت يشكل بما ذكر بما اذا قال لفلان علي الف درهم الا قفيز حنطة فان الحنطة دخلت في الدراهم معنى
لا لفظا ثم صح استثناؤه قلت الدراهم تتناول الحنطة من حيث المعنى فيتناولها اللفظ من جهة المعنى فيصح
الاستثناء ولا كذلك العارف فانها البيت اسم للعرصة والبناء حتى يكون ذكر الدار بطريق التناول قصدا بل
الدار اسم للعرصة والبناء صفة لها على ما ذكرنا والوصف يدخل لا قصدا فلا يصح استثناء الوصف
فافترقا انتهى كلامه واقتفى اثره الشارح العيني اقول التعرض للفرق بين المسئلتين مما لا بد
منه ههنا وقد اهمله اكثر الشراح ولكن المرتبة التي ذكرها الشارحان المزبوران لا تقطع الكلام ههنا
اذ لقائل ان يقول ان اريد بتناول الدراهم الحنطة من حيث المعنى تناولها اياها من حيث المعنى الوضعي اللغوي
فهو ممنوع جدا الا يرى الى ما مر في تلك المسئلة من ان التحقيق ان عدم تناول الدراهم غيرها لفظا
لا ارتياب فيه لاحد وانما الكلام في تناولها اياه حكما فقلنا بتناول ما كان على اخص وصافها الذي هو الثمنية
وان اريد بذلك تناولها اياها من حيث الحكم فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا اذ المصير هنا ما في
الاستثناء تصرف في تناول لفظ الدراهم للحنطة من حيث الحكم لا يكفي في صحة الاستثناء كيف ولو كفى
تناول لفظ الدراهم الحنطة من حيث الحكم فقط في صحة استثناء الحنطة من الدراهم لكفى تناول اسم الدار
البناء من حيث الحكم فقط ايضا في صحة استثناء البناء من الدار فان البناء داخل في حكم بيع الدار وفي
حكم الاقرار بالدار ونحوهما حتى يملك المشتري والمقر له البناء ايضا فلا بد من زيادة ايضاح وتقرير فنقول

المراد بذلك هو التناول من حيث الحكم لكن قصدا لا تبعا والدراهم تتناول الحنطة باعتبار كونها على
الخصل وصافها الذي هو الثمنية تناولا قصديا لا تبعيا فانما يتحقق فيه الثمنية كالدنانير والكيلي والموزون
والعددي المتقارب من قبيل الذوات فيجوز ان يكون مقصودا من الدراهم لمشاركته اياها في الخصل وصافها وهو
الثمنية وكونه باعتبارة لكبر له جنس واحد ولا كذلك الدار مع البناء فان البناء وصف للدار فلا يدخل في حكمها الا
تبعا وبالجملة فرق بين ما يتناوله اللفظ حكما وبين ما يتبع متناوله في الحكم فان الاول مدلول حكمي للفظ مقصود منه
اصالة فيكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ اي مدلول اللفظ حكما فيصح والثاني خارج عن مدلول اللفظ وضعا
وحكما غير مقصود منه اصلا لكنه تابع لمدلوله في الحكم الثابت له فلا يكون استثناؤه تصرفا في الملفوظ فلا يصح قال
المص والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار يعني لا يصح استثناء الفص في الاقرار بالخاتم ولا
استثناء النخلة في الاقرار بالبستان كما لا يصح استثناء البناء في الاقرار بالدار ولا نداء لان كل واحد من الفص والنخلة
يدخل فيما يدخل في الصدر تبعا لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ كما مر قال بعض العلماء قول المص ههنا ان
الفص يدخل تبعا لا لفظا ينافي قوله فيما مر ان اسم الخاتم يشمل الكل اقول يمكن ان يقال ان مراده بشمول اسم
الخاتم الكل قوله اعم من الشمول القصدي والتبعي ومراده بنفي دخول الفص في الخاتم لفظا في قوله اللاحق نفي الدخول
القصدي فلا منافاة بينهما قال في البدايع ولو اقر لانسان بدار واستثنى بناءها لنفسه فالاستثناء
باطل لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغة وانما البناء فيها بمنزلة الصفة فلم
يكن المستثنى من جنس المستثنى منه فلم يصح الاستثناء ويكون الدار مع البناء للمقر له لانه ان لم يكن اسما عاما
لكنه تناول لهذه الاجزاء بطريق التضمن كمن اقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لا لانه اسم عام بل هو
اسم المسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه تناول له بطريق التضمن انتهى كلامه اقول فيه نظر
اما اولا فلان قوله لان اسم الدار لا يتناول البناء لغة بل وضع دلالة على العرصة مما لا يساعده كتب اللغة
الا يرى الحالة في المغرب الدار اسم جامع للبناء والعرصة والحاقال في القاموس الدار المحل يجمع البناء والعرصة
واما ثانيا فلان قوله لكنه تناول لهذه الاجزاء بطريق التضمن يدل على ان البناء جزء من معنى اسم الدار وهذا
مع كونه مخالفا لما قاله اولا من ان اسم الدار لا يتناول البناء لغة يقتضي صحة استثناء البناء لنفسه للقطع
بصحة استثناء الجزء من الكل كما لو قال له على عشرة الا واحدا لا يقال يجوز ان يكون مراده بالتضمن معنى التبعية
لا الجزئية فيؤول الحاصل الى ما قاله المص وغيره لانا نقول سوق كلامه هذه الاجزاء عن ذلك التوجيه جدا يمنعه قوله في نظيره
بمسئلة الاقرار بالخاتم بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص لكنه تناول له بطريق التضمن فانه نص
في دخول الفص كالحلقة بطريق الاصالة دون التبعية وهو خلاف ما صرح به المص وسائر الثقات بخلاف
ما اذا قال الا ثلثها اي اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها حيث يصح الاستثناء ويكون
للمقر له ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لا نداء لان كل واحد من الثلث والبيت داخل فيه اي في الصدر الذي هو

الدار لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن كذا قالوا اقول كون
البيت داخلا في الدار لفظا ومقصودا اشكل على القول بان الدار اسم للعرصة كما ذكروه في كتاب الايمان واستدلوا
به على ان من حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت وصارت صحراء حنث اذ على تقدير ان يكون البيت داخلا
في الدار لفظا ومقصودا يكون جزءا من مدلول لفظ الدار فلا يكون الدار حينئذ اسما للعرصة فقط بل لمجموع العرصة والبيوت
فاذا انهدمت وصارت صحراء لزم ان تنعدم بانعدام بعض اجزائها فلم يظهر وجه الحنث في مسئلة المذكورة والعجب
من صاحب البدايع انه قال ههنا بخلاف ما اذا استثنى من بيع الدار اي ثلثها او بيتا منها انه يصح الاستثناء لا بيتا
ان الدار اسم للعرصة فكان المستثنى من جنس المستثنى منه فصح استثناؤه فان كون الدار اسما للعرصة يقتضي عدم صحة استثناء
في صورة استثناء البيت من الدار لان البيت ليس من جنس العرصة اذ البيت اسم لبناء مسقف له حائط اربعة على قول
او ثلثة على قول آخر كما عرف في الايمان في مسئلة ما لو حلف لا يدخل بيتا فدخل صفة والعرصة هي البقعة كما سياتي
فاني هذه من ذلك فما ذكره يكون حجة عليه لا له في هاتيك الصورة ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما
قال وهذا لفظ القدوري ايضا في مختصره يعني يكون البناء للمقر والعرصة لفلان قال المص في تعليله لان العرصة
عبارة عن البقعة دون البناء يعني ان العرصة في اللغة عبارة عن بقعة ليس فيها بناء فلما اعتبر في معناها الخلو عن
البناء لم يتبعها البناء في الحكم فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان فقال المص بخلاف ما اذا قال مكان
العرصة ارضا اي بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث يكون البناء للمقر له مع
الارض لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء بناء على ان الارض اصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع كالاقرار
بالدار حيث يكون البناء ايضا للمقر له هناك وان استثناه لنفسه كما مر فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لاخر
فانه بحاله قال حتى يكون البناء للاول والارض للثاني ولم يقل هناك ان الاقرار بالارض اقرار بالبناء فما وجه الفرق بينهما
قلت الفرق بينهما من حيث ان اول كلامه فيما اوردت اقرار معتبر بالبناء للاول فهب ان آخر كلامه اقرار بالارض والبناء
لكن اقراره فيما صار مستحقا لغيره لا يصح فكان للثاني الارض خاصة واما فيما نحن فيه فآخر كلامه اقرار بالارض و
البناء وهما جميعا ملكه فصح اقراره بها للمقر له وذلك لان اول كلامه وهو قوله بناء هذه الدار لي غير معتبر لانه قد كان
له قبل ان يذكره فبقي قوله وارضها لفلان والاقرار بالاصل يوجب ثبوت حق المقر له في التبع توضيح الفرق ان البناء في
تلك المسئلة لما صار للمقر له الاول خرج من ان يكون تبعا للارض حكما فاقراره بالارض للثاني بعد ذلك لا يتعدى
الى البناء وفي مسئلتنا البناء باق على ملك المقر فكان تبعا للارض فاقراره بالارض يثبت الحق للمقر له في البناء تبعا كذا
في المبسوط اعلم ان الجنس خمس مسائل يعني تخريجها على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني
ان اقراره ليس بحجة على غيره اذا عرفت هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان كانت الارض
والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار
بعد الدعوى صحيح واذا قال ارضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما اقر لانه بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعا

وبقوله البناء لفلان اقر البناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من ارضه واذا قال ارض هذه
الدار لفلان وبناؤها الى فالارض والبناء للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا وبقوله
وبناؤها لى ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض
والبناء للمقر له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقرا لفلان بالبناء تبعا للارض وبقوله وبناؤها لفلان آخر
كان مقرا على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله وارضها
لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل كذا في الذخيرة وان قال له على الف درهم من ثمن عبد
اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك اى هذا
لفظ القدوري في مختصره قال اى المص رضي الله عنه هنا اى ما ذكر من المسئلة على وجوه احدها هذا اى هذا الوجه وهو
ان يصدقه اى ان يصدق المقر له المقر في تسليم العبد وجوابه اى جواب هذا الوجه ما ذكر من قوله قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد
وخذ الالف والا فلا شيء لك قال بعض الفضلاء فيه انه اذا سلم العبد كيف يقال له ان شئت فسلم العبد قوله
ما ذكره انما يتجه ان لو كان لفظ يسلم في قول المص يسلم العبد من سلمه اليه واما اذا كان من سلم اليه اى جعله سالما له فلا
لان سلامة العبد للمقر انما يحصل باعتراف المقر له بانه عبده لا عبده وقد يتحقق هذا قبل تسليم العبد الى المقر فلا
ينافي ان يقال له ان شئت فسلم العبد وقد استعمل المص لفظه له مرادا به المعنى المذكور في موضع من كتابه هذا منها ما
سيأتي في فصل الدين المشترك من باب الصلح في الدين حيث قال فلو سلم له ما قبضه ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه
رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم انتهى ويحتمل ان يكون لفظ يسلم هنا ثلاثيا من السلامة لا من التسليم
ويكون العبد فاعلا لا مفعولا فحينئذ لا يتوهم المنافاة اصلا قال المص في تعليل جواب الوجه المذكور لان الثابت بتصادقهما
كالثابت معاينة يعني انهما تصادقا في هذا الوجه والثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا انه اشترى
منه هذا العبد بالف والعبد في يده كان عليه الف درهم كذا ههنا قال صاحب العناية وفيه نظر لانهما اذا
تصادقا فقد ثبت البيع بينهما بغير شرط فالحكم الامر بتسليم الثمن على المقر ثم بتسليم العبد على المقر له والجواب
ان ذلك حكم ما اذا ادعى المقر له تسليم الثمن وليس ما نحن فيه كذلك فان حكمنا بذلك كان حكما بما لا يدعيه احد فيه لكن
باطل الى هنا كلامه وطعن بعض الفضلاء في جوابه بان قال وليت شعري ان ما ذكر في الكتاب حكم اية مسئلة
انتهى قول ما في الكتاب حكم مسئلة الكتاب فان نفس الاقرار والتصادق لا يقتضي الحكم بتسليم الثمن
على المقر ولا الحكم بتسليم العبد على المقر له لان كل واحد من الحكمين المذكورين مقتضى الدعوى ولا دعوى في ما نحن فيه
بل فيه اقرار محض وحكمه لزوم الالف على المقر ان سلم المقر له العبد اليه واما اذا لم يسلمه اليه بان هلك في يده فلا يلزمه
شيء كما هو الحكم في ثبوت البيع معاينة وهذا معنى ما ذكر في الكتاب بقيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف
والا فلا شيء لك وليس المراد منه ان شئت فسلم العبد تخيير المقر له بين تسليم العبد وعدم تسليمه اذ لا يقدر البائع
على عدم تسليم المبيع الى المشتري بعد انعقاد البيع وتمه بل المراد منه ان لزوم الالف على المقر مشروط بتسليمات

العبد اليه

العبد اليه فان اردت الوصول الى الحقائق فسلم العبد ولا تضيعه وليس المراد بقوله وخذ الالف خذ الالف بعد
تسليم العبد اذ لا دلالة على التعقيب في الواو بل هي للجمع مطلقا فلا يخالف ما تقرر في البيوع من ان اللازم في بيع
سلعة بثمن تسليم الثمن اولا فخلاصة ما ذكر في الكتاب ههنا ما قال في الوقاية وغيرها فان سلمه المقر له لزمه الالف
والا لا واما الثاني اى الوجه الثاني فان يقول المقر له العبد عبدك اى العبد الذي عينته عبدك ما بعتكه وانما بعتك
عبدا غير هذا وسلمته اليك وقبضته وفي هذا الوجه المال لازم على المقر لاقراره به اى بالمال عند سلامة العبد له وقد
اى وقد سلم العبد له حين اعترف المقر له بانه ملكه ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود كما لو قال لك على الف
غصبته منك فقال لا بل استقرضته مني لان الاسباب مطلوبة لاحكامها لا لاعيانها فلا يعتبر التكاذب في السبب
بعد اتفاقهما على وجوب اصل المال ولا تفاوت في هذا الوجه بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له كذا قالوا والثالث
اى الوجه الثالث ان يقول اى المقر له العبد عبدي اى العبد الذي عينته عبدي ما بعتك وحكمه اى حكم هذا الوجه ان لا يلزم
المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه اى فلا يلزمه المال دون العبد لانه اذا لم يسلم العبد
لا يسلم للمقر له بدله ولا تفاوت في هذا الوجه ايضا بين ان يكون العبد في يد المقر او في يد المقر له اذا كان في يد المقر يأخذ
المقر له العبد منه فلا يلزم المقر شيء من ثمنه كذا قالوا فلو قال مع ذلك اى فلو قال المقر له مع انكاره العبد المقر به
انما بعتك غيره اى غير ذلك العبد يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه اى وجوب تسليمه والآخر ينكر والمقر له يدعي
على المقر الالف اى لزوم الالف ببيع غيره اى غير من عينه والآخر ينكر فصار كل واحد منهما مدعيا ومنكرا وحكم ذلك
التحالف واذا تحالفا بطل المال اى بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن في يده هذا اى ما ذكر من الوجوه اذا ذكر اى المقر عبدا
بعينه فان قال من ثمن عبد ولم يعينه بان قال له على الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه ولم يعينه اى
لم يعين المقر العبد المشترى لزمه الالف ولم يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل اى سواء وصل
قوله ما قبضت العبد المشترى بكلامه السابق او فصل عنه لانه اى لان قوله ما قبضت رجوع عما اقر به فانه اقر بوجوب المال
رجوعا الى كلمة على اذ انظر الى هذه الكلمة التي ذكرها اولا في قوله له على الف درهم اذ هي للايجاب وانكاره القبض في غير
المعين ينافي الوجوب اصلا اى بالكلية لان الجهالة اى جهالة المبيع مقارنة كانت كالجهالة حالة العقد او
طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه اى نسي المتعاقدان ذلك العبد عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع
اى تجعل المبيع في حكم المستهلك لعدم القدرة على تسليم المجهول فيمتنع وجوب نقد الثمن لان نقد الثمن لا يجب
الا باحضار المبيع وقد امتنع احضاره بالجهالة فامتنع وجوب نقد الثمن ايضا واذا كان كذلك كان رجوعا
فان اول كلامه اقرار بوجوب الثمن وآخره ~~الاقرار باطل~~ يوجب سقوطه فكان ذلك رجوعا فلا يصح وان كان موصولا لان
الرجوع عن الاقرار باطل مفصولا كان او موصولا اقول لقائل ان يقول يشكل التعليل المذكور من قبل ابي
حنيفة رح بمسئلة الاستثناء بمشيئة الله تعالى فانه لم يلزم المقر هناك شيء بالاتفاق مع جريان خلاصة هذا التعليل
هناك ايضا بان يقال ان اول الكلام اقرار بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وآخره ينافي الوجوب اصلا فيقتضي ان يكون

جوعا فيلزم ان لا يصح ويمكن ان يجاب عنه بما اشار اليه المص فيما سياتي في مسئلة ما لو قال من ثمن خمر او خنزير بقوله
قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال فيستدرك تتمة الكلام هناك ان شاء الله تعالى ثم ان بعض الفضلاء اعترض على التعليل
المزبور بكلام آخر واجاب عنه حيث قال في تمام التقريب كلام فان ارتفاع الجهالة لا يلزم ان يكون بالقبض بل
باعتراف المشتري بانه هذا واحضار البائع فليتامل فانه يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف فيبقى على
الجهالة انتهى اقول لا الايراد شيء ولا الجواب اما الاول فلان المقر فيما نحن فيه لما لم يعين العبد فصار
مجهولا لم يكلف المقر له باحضار ذلك اصلا بل لم يمكن له احضاره لتعذر احضار المجهول فانى يتصور احضار البائع
المبيع ههنا حتى يعترف المشتري بانه هذا وان احضر المقر له عبدا بعينه من غير تكليف واعترف المقر بانه اشتراه
منه هذا العبد فقد صارت المسئلة من قبيل ما اذا ذكر المقر عبدا بعينه وما نحن فيه بمعزل عنه واما الثاني فلانه كيف
يجوز ان يقال الظاهر هو عدم الاعتراف وقد لزمه الالف بلا عوض عند ابي حنيفة في هذه المسئلة وان لم يحضر
البائع شيئا فهل يختار العاقل اعطاء الالف بلا عوض على اعطائه بمقابلة ما احضره البائع فالظاهر هو الاعتراف عند
احضاره بلا ريب وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وبه قال مالك والشافعي واحمد وان فصل لا يصدق
اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد اي اذا كذب المقر له المقر في الجهة وحين ان يكون ذلك الالف من غير عبد وان اقر
اي وان اقر المقر له انه باعه اي باع المقر عبدا اي انه صدق المقر له المقر في الجهة بان قال انه باعه عبدا وعين العبد
كما عينه المقر ولكن كذبه في انكاره قبض المبيع فالقول قول المقر سواء وصل او فصل هذا وعبر المص ههنا عن المبيع بالمتاع
حيث قال وان اقر انه باعه متاعا وقد كان وضع مسئلة الكتاب الجامع ليعلم ان الحكم في المتاع مطلقا هو الحكم
في العبد ومجرد ذلك عجبا قال الامام ان اداء المقر يوجب المال عليه ابتداء على نفسه حيث قال له علي الف
درهم وبين سببه وهو البيع حيث قال من ثمن عبد اشتريته منه فان وافقه الطالب يعني المقر له في السبب
وهو البيع وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض اي وبمجرد وجود السبب وهو البيع لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري
لان الوجوب عليه قبل قبض المبيع في حيز التزلزل لانه ربما يهلك المبيع في يد البائع فيسقط الثمن عن المشتري وانما
يتاكد بالقبض والمقر له يدعي القبض والمقر ينكره فيكون القول له اي للمنكر قال صاحب العناية وفي عبارة المص نظر
لان قوله فان وافقه الطالب في السبب شرط فلا بد من جوابه وقوله وبه لا يتاكد الوجوب لا يصلح لذلك وكذلك قوله
فيكون لوجود الفاء وعدم الربط فانك لو قدرت كلامه فان وافقه الطالب في السبب فيكون القول له ليس بصحيح لانه
في بيان التعليل وليس فيه اشعار بذلك وقال ويمكن ان يقال الجزاء محذوف وتقديره فان وافقه الطالب في السبب لا
انه بمجرد السبب لا يتاكد لكنه يتاكد بالقبض كان الطالب مدعيا للقبض والمقر ينكره فيكون القول له انتهى كلامه
اقول النظر المزبور ساقط جدا فان قول المص فيكون القول له صالح لان يكون جوابا للشرط المذكور قطعا ووجود الفاء
فيه ليس بمانع عنه اصلا اذ قد تقرر في علم النحو ان الجزاء اذا كان مضارعا مثبتا او منفيا بلا ففيه الوجهان دخول
الفاء عليه وعدم دخوله قال الله تعالى ومن عاد فينتقم الله منه وعدم الربط فيه ممنوع فان قوله وبه لا يتاكد الوجوب

الا بالقبض والمقر ينكره وقع قيد الشرط المزبور فصار معنى الكلام فان وافقه الطالب في السبب والحال انه بمجرد السبب
لا يتاكد وجوب الثمن على المشتري وانما يتاكد بالقبض والمقر ينكر القبض فيكون القول له ولا يخفى على ذي فطرة سليمة
ان قوله فيكون القول له مربوط بالشرط المزبور مقيدا بالقيد المذكور وان لم يكن مربوطا به عاريا عن ذلك القيد فلا حاجة الى
تقدير جزاء محذوف كما تمحل ذلك الشارح وان كذبه وان كذب الطالب المقر في السبب كان ضامنا للمقر بها نامقيدا
لان صدر كلامه وهو قوله له علي الف درهم للوجوب مطلقا رجوعا الى الكلمة على وآخره اي آخر كلامه يحتمل انتفاءه اي انتفاء
الوجوب على اعتبار عدم القبض فصار مغيرا لمقتضى اول كلامه والمغير يصح موصولا ولا يصح مفصولا كالاستثناء
ولو قال ابتعت منه بيعا اي مبيعا وفي بعض النسخ عينا الا اني لم اقبضه فالقول قوله اي قول المقر بالاجماع ذكر المص
هذه المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها لانه ليس من ضرورة البيع القبض يعني ان المقر ههنا انما
اقر بمجرد العقد والاقرار بالعقد لا يكون اقرارا بالقبض اذ ليس من ضرورة البيع قبض المبيع حتى يجب الثمن على المشتري
بخلاف الاقرار بوجوب الثمن فانه من ضرورته القبض قال صاحب العناية هذا مفهوم كلام المص وفيه نظر لانه انما كان
كذلك ان لو وجب تسليم المبيع اولا وليس كذلك كما تقدم في البيوع انتهى اقول وهذا النظر ايضا ساقط اذ الظاهر
ان مراد المص ههنا هو الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين اذ هو المختلف فيه المحتاج الى الفرق وقد تقرر ان
انكار القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا فلا بد في نفاذ الاقرار بوجوب الثمن في المبيع الغير المعين من قبضه فكان
من ضرورته القبض قال اي القدوري في مختصره وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير قال المص ومعنى المسئلة
اي معنى المسئلة التي ذكرها القدوري ههنا اذا قال لفلان علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره
يعني قوله من ثمن خمر او خنزير عند ابي حنيفة وصل ام فصل لانه اي لان تفسيره رجوع عن اقراره لان ثمن الخمر
والخنزير لا يكون واجبا على المسلم وأول كلامه وهو قوله له علي الف درهم للوجوب والرجوع عن الاقرار باطل
وقالا اي قال ابو يوسف ومحمد اذا وصل لا يلزمه شيء لانه اي المقر بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب
لانه يحتمل انه بنى اقراره على عادة الفسقة فان الخمر الذي يجري فيه الشح والضنة يعتاد الفسقة شراءها واداء
ثمنها فكان آخر كلامه بيانا مغيرا فيصح موصولا كذا في الشروح اقول هذا لا يتمشى فيما اذا قال من ثمن خنزير
لانه لا يحتمل في هذه الصورة ان يبني اقراره على عادة الفسقة من المسلمين كما في صورة ما اذا قال من ثمن خمر اذ لا يقع
منهم شراء الخنزير ولا اداء ثمنه اصلا فضلا عن اعتيادهم بذلك واما عادة الكفار فلا تصلح لان تجعل مبنى
لكلام المسلم كما لا يخفى والدليل الذي ذكره المص ههنا من قبلهما مسوق للصورتين معا فلا يتم التقريب وصار اى
آخر كلامه فيما نحن فيه كما اذا قال في آخره ان شاء الله فانه يصدق هناك اذا وصل فكذا ههنا اجاب المص عن هذا
القياس بقوله قلنا ذاك تعليق وهذا ابطال يعني ان قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط
من باب بيان التغيير فيصح موصولا وما نحن فيه ابطال والابطال لا يكون بيانا فلم يصح وان كان موصولا اقول
فيه كلام من وجهين احدهما ان المص قال في مسئلة الاستثناء بمشيئة الله ان الاستثناء بمشيئة الله

ابطال او تعليق وقد بينا هناك ان المرتهن في بعض الكتب المعتبرة ان الاول مذهب ابي يوسف والثاني مذهب محمد
وفي بعضها ان الامر بالعكس فايا ما كان لا يكون هذا الجواب حجة على من قال منهما يكون ذلك ايضا ابطالا وثانيهما اي الذي
قال هناك فان كان الاول يعني الابطال فقد بطل وان كان الثاني يعني التعليق فكذلك لما ان الاقرار لا يحتمل التعليق
بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكر في الطلاق وتحصل منه ان الاستثناء بمشيئة الله وان كان تعليقا في اصله الا
انه ليس تعليق في باب الاقرار بل هو ابطال على كل حال الكيفيتين قوله هنا ذاك تعليق وهذا ابطال ويمكن ان يجاب عن الاول
بان الجواب المذكور هنا على قول ابي حنيفة يصير الزاما بالنسبة الى من قال من صاحبيه بكون الاستثناء بمشيئة الله تعالى
تعليقا وتحقيقا بالنسبة الى من قال منهما بكونه ذلك ابطالا وعن الثاني بان يكون الجواب الزاميا بالنسبة الى كل واحد منهما لان
الثاني بان الاستثناء بمشيئة الله وان لم يكن في باب الاقرار تعليقا حقيقة الا انه في صورة التعليق وهذا القدر يكفي
في تصحيح قياس هذه المسئلة على مسئلة ما اذا قال في اخره ان شاء الله فان هذه المسئلة ليست بتعليق لا صورة ولا معنى
وانما هي ابطال محض واما تلك المسئلة فتعليق صورة وان كانت ابطالا معنى فافترقتا فتأمل واعلم ان القدوري لم يذكر
في مختصره خلافا في هذه المسئلة وانما ذكره الحاكم الشهيد في الكافي فاخذ المص منه ثم اعلم ان الخلاف المذكور فيما اذا
كذبه الطالب واما اذا صدقه في ذلك فلا يلزمه في قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال
من ثمن خمر او ميتة او دم صرح به شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وذكر في بعض الشروح ولو قال له علي الف الف
درهم من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف جمع زيف وهو ما يقبله التجار ويرده بيت المال
او نبهرجة وهي دون الزيوف فانها مما يرده التجار ايضا وقال المقر جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة وقالا اي قال
ابو يوسف ومحمد ان قال موصولا اي ان ذكر قوله هي زيوف او نبهرجة موصولا بكلامه السابق يصدق وان قال
مفصولا اي ذكره مفصولا عنه لا يصدق هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير اقول في تحريرها على النمط
المذكور لا يخلو عن نوع القصور فان قول ابي حنيفة في هذه المسئلة ان لزمه الجياد سواء وصل قوله هي زيوف
او نبهرجة ام فصل كما صرحوا به وتقسيم بيان الخلاف لو ان تكلم ثم في قوله ثم قال هي زيوف او نبهرجة تدل على الفصل
كما لا يخفى فتوهم اختصاص قول ابي حنيفة بصورة الفصل ولا خلاف فيها لصاحبيه فالظاهر ان يذكر
الواو بدل ثم كما وقع في كلام الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال في باب الاقرار بالزيوف واذا اقر الرجل بالف درهم
دين من قرض او ثمن بيع وادعى انها زيوف او نبهرجة لم يصدق في قول ابي حنيفة رحمه وصل ام فصل وقال ابو يوسف
ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي وشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وعلى هذا نص محمد في الاصل قال المص وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة وهي الرديء
من النبهرجة او رصاص او قال هي رصاص فلا يصدق عند ابي حنيفة وصل ام فصل ويصدق عندهما ان وصل
لكن بناء على احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخرى عنه لا يصدق ههنا وان وصل كما قال ابو حنيفة كذا
في شرح الجامع الصغير للامام قاضي خان والامام التمرتاشي قوله وعلى هذا اي على هذا الخلاف اذا قال الا انها زيوف

بكلمة

بكلمة الاستثناء وعلى هذا الخلاف اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف بالجر وتجري الصفة على المعدود دون العدد
كقوله تعالى سبع بقرات سمان كذا في معراج الدراية اقول فلا بد من توجيه وصف المفرد بالجمع فتأمل من ثمن متاع
هنا تتمة كلام المقر لهما اي لابي يوسف ومحمد في هذه الصور الخلافية انهما قالا المقر اخرا بيان مغير لما قاله
اولا فيصح موصولا اي بشرط الوصل كالشرط والاستثناء فان كل واحد منهما يصح موصولا لا مفصولا لكونه بيان
تغيير وهذا اي كونه اخر كلام المقر فيما نحن فيه بيانا مغيرا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته فان الزيوف
من جنس الدراهم حتى تحصل به الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير مستبدلا والستوقة بمجازه اي ويحتمل الستوقة
بمجازه لانها تسمى دراهم مجازا فامكن ان يتوقف صدر الكلام على عجزه الا ان مطلقه اي مطلق اسم الدراهم
ينصرف الى الجياد لان تبايع الناس يكون بالجياد عادة فكان اي فكان ذكر الزيوف والستوقة في آخر الكلام بيانا مغيرا
لما اقتضاه اول الكلام من هذا الوجه اي من الوجه المذكور فانه كان بيانا من جهة الاحتمال ومغيرا من جهة مخالفة العادة
فيصح موصولا فصار اي فصار حكم هذا كما اذا قال الا انها وزن خمسة او ستة وتقدم درهم وزن سبعة صدق
ان كان موصولا ولم يصدق ان كان مفصولا اقول لو تعرض المص في اثناء التعليل لذكر النبهرجة ايضا لكان اوجه
لانها مذكورة ايضا في اصل المسئلة فان تلك النبهرجة كالزيوف في كونها من جنس الاثمان كما صرح به في مسائل شتى من كتاب القضاء
فيجوز ان يكتفي في التعليل بذكر حال الزيوف قلت رداءة النبهرجة دون رداءة الزيوف كما نبه عليه هنالك ايضا فكان الاولى
الاكتفاء بذكر حال الادنى ليعلم به حال ما فوقه بالاولوية ثم اقول ان قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته
والستوقة بمجازه لا يساعده ما ذكر في معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس وغيرهما فان المذكور فيها درهم ستوق
وستوق اي زيف بهرج فكيف يكون اسم الدراهم حقيقة في المغشوش مجازا في المغشوش فتأمل ولابي حنيفة ان هذا اي ما قاله
المقر آخرا رجوع عما اقر به اولا ودعوى امر عارض فلا يقبل وان وصل ذلك لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب
لان موجبه سلامة البدل المستحق عن العيب والزيافة عيب في الدراهم ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه
اي عن بعض موجب العقد فاذا ادعى انها زيوف فقد اراد ابطال ما هو المستحق بالعقد فلا يصدق وان وصل وصار
حكم هذا كما اذا قال البائع بعتك معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول هنالك للمشتري لما بينا ان مطلق العقد
يقتضي السلامة عن العيب فكذا ههنا والحاصل ان اختلافهم راجع الى ان الدراهم الزيوف هل هي داخلة في مطلق اسم الدراهم
ام لا فابو حنيفة رجح جانب العيب فيها فلم يدخلها تحت مطلق اسم الدراهم حتى كان دعوى الزيافة رجوعا عما اقر
اولا بمطلق الدراهم وهما ادخلاها تحت مطلق اسم الدراهم على سبيل التوقف حتى كان دعوى الزيافة بعد ذكر
اسم الدراهم بيان تغيير كما في الشرط والاستثناء كذا في الاسرار وغيره والستوقة ليست من الاثمان اي ليست من جنس الاثمان
والبيع يرد على الثمن فلم تكن الستوقة من محتملات العقد فكان اي فكان قوله الاخر رجوعا عما اقر به اولا اذ فكان
دعوى الستوقة بتاويل الادعاء رجوعا عن ذلك فلم يصح مفصولا ولا موصولا وقوله اي قول الا انها وزن خمسة يصح
استثناء هذا جواب عما استشهدا به تقريره ان ذلك ليس مما نحن فيه لانه يصح ان يكون استثناء لانه مقدار كما

بعض المقدار صحيح لان اول الكلام يتناول المقدار وكان استثناء الملفوظ وهو صحيح بلا ريب بخلاف الجودة اى بخلاف ما اذا قال الا انها زيوف فان ذلك فى قوله الا انها زيوف استثناء للدراهم الجيدة عن الوجوب فى الذمة والجودة وصف فلا يصح استثناؤها

لان استثناء الوصف لا يجوز لعدم تناول صدر الكلام اياه قصدا بل تبعا كاستثناء البناء فى الدار على ما عرفته انه قال فى النهاية

ومعراج الدراية فان قيل استثناء الوصف لا يصح بالاجماع فكيف صحح ابو يوسف ومحمد استثناء الزيافة عن الدراهم قلنا

صححاه لكونه من جنس الملفوظ والزيافة من جنس الملفوظ عينا ولا وصف فان قوله لفلان على الف درهم من ثمن متاع الا انها زيوف صار

بمنزلة قوله الا انها نقد بلد كذا وفي نقد ذلك البلد زيوف وهناك صح هذا البيان موصولا بالاجماع وهذا فى معناه فينبغى ان يصح

فصار كان نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا انها رديئة الى هنا اشار فى الاسرار والفوائد الظهيرية انتهى

وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك عن النهاية ومعراج الدراية وهنا بحث اذ ح ينبغى ان يقبل اذا فصل ايضا مثل قوله لكنه

يشعر لان هذا البيان وان كان عندهما بيان نوع للدراهم لا انه بيان تغيير بناء على ان مطلق العقد يقتضى السلامة والجودة

عرفا فكان استثناء نوع الزيوف من الدراهم تغيير المقتضى العقد فكان بيان تغيير من هذا الوجه كما مر وبيان التغيير لا يصح الا موصولا

وانما وقع ذلك الفاصل الفاضل من قول صاحب النهاية ومعراج الدراية فصار ذلك نوعا للدراهم لا وصفا بمنزلة قوله فى الحنطة الا

انها رديئة يقبل وان فصل كما صرحوا به الا ان مرادهما ان ذلك بمنزلة قوله فى الحنطة الا انها رديئة فى مجرد كونه نوعا لا وصفا لا فى كل

جهة البيان كيف وقد صرحوا بان هذا بيان تغيير وذلك بيان تفسير قال المص بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها

رديئة لان الرداءة نوع اى متنوعة لا عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والحنطة قد تكون رديئة فى اصل الخلقة فكانت الرديئة

نوعا منها ولهذا قالوا لو اشترى حنطة مشارا اليها فوجدها رديئة لم يكن له خيار الرد بالعيب فمطلق العقد لا يقتضى السلامة

عنها اى عن الرداءة اذ ليس لمطلق العقد مقتضى فى نوع دون نوع ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسط

او رديئة فليس بيانه تغييرا موجبا لقبوله كلامه فيصح موصولا ومفصولا كذا فى البسوط وغيره قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام

فان قيل قد يستثنى الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة ضد الجودة فهما صنفان يتعاقبان على

موضوع واحد اجاب بقوله لان الرداءة نوع لا عيب فان قيل فالجودة كذلك لما مر انهما ضدان دفعا للتحكم اجيب بان الرداءة

فى الحنطة متنوعة لا عيب وفى الدراهم عيب انتهى اقول فيه نظر لان مغنى الجواب الثانى ان الرداءة فى الدراهم عيب وفى الحنطة

ليست بعيب لا انها فى الدراهم وصف وفى الحنطة ليست بوصف فلا يندفع به اصل السوال لان حاصله نقض القول بان

استثناء الوصف لا يجوز باستثناء وصف الرداءة فى الحنطة على انه لا يندفع به السوال الثانى ايضا لان حاصله طلب الفرق بين

رداءة الحنطة وجودة الدراهم ومفاد الجواب عنه بيان الفرق بين رداءة الحنطة ورداءة الدراهم واقول الباعث على شرح هذا المقام

بالوجه المزبور هو انه حسب ان قول المص بخلاف ما اذا قال على كر حنطة الخ متعلق بما ذكر فى قبيله وهو قوله لان استثناء الوصف

لا يجوز كاستثناء البناء فى الدار موقع فيما وقع ولكن لا يذهب على ذى فطرة سليمة ان قوله المذكور متعلق بما ذكر فى اوايل دليل

ابى ح وهو قوله لان مطلق العقد يقتضى السلامة عن العيب والزيافة عيب يرشد اليه قطعا قوله هنا فمطلق العقد لا يقتضى

السلامة عنها بعد قوله لان الرداءة نوع لا عيب ثم اقول واما السوال الذى ذكره الشارح المذكور بقوله فان قيل قد يستثنى

الوصف

الوصف كما اذا قال له على كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة فجوابه ان يقال ليس هناك استثناء حقيقة وانما قوله الا انها

رديئة بيان وتفسير للحنطة فى قوله على كر حنطة فى صورة الاستثناء يرشد اليه ان صاحب الكافى قال فى تقرير هذه المسئلة

بخلاف ما لو قال له على كر بر من ثمن مبيع او من قرض ثم قال هو ردى فالقول قوله فى ذلك وصل ام فصل لان الرداءة ليست

بعيب فى البر انتهى حيث بدل قوله الا انها رديئة بقوله هو ردى تنبيها على ان ليس مطمح النظر فى هذه المسئلة صيغة الاستثناء

بل ان الرداءة فى مثل البر ليست بعيب فظهر ان جعل قول المص لان الرداءة نوع لا عيب جوابا عن السوال المزبور خروج

عن سنن الصواب فان قلت للسوال المزبور جواب آخر غير ما ذكرته وهو ان قوله الا انها رديئة ليس الاستثناء الوصف وهو

الرداءة بل الاستثناء العين وهو الدراهم الزيوف ونحن الآن بصدد تتميم قول ابى حنيفة فلا مجال للتشبث بذلك الجواب

هنا فتدبر وعن ابى حنيفة فى غير رواية الاصول المراد بالاصول الجامع الصغير والزيادات والمبسوط ويعبر عنها بظاهر

الروايات وعن الامالى والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات بغير ظاهر الروايات انه يصدق فى الزيوف

اذا وصل يعنى فى القرض كذا فى النهاية وقد وقع التصريح بهذا القيد فى بعض النسخ بان قال وعن ابى حنيفة فى غير رواية

الاصول فى القرض انه يصدق فى الزيوف اذا وصل يعنى اذا قال لفلان على الف درهم قرض وهى زيوف يصدق عنده فى غير

رواية الاصول اذا وصل قوله هى زيوف بقوله الف درهم قرض اما اذا قطع كلامه ثم قال بعده ان هى زيوف لا يصدق

بالاتفاق الروايات لان القرض يوجب مثل المقبوض يعنى ان المستقرض انما يصير مضمونا على المستقرض بالقبض فالقرض يوجب

مثل المقبوض وقد يكون المقبوض فى القرض زيفا كما فى الغصب فالواجب ح الزيف لان القرض يقتضى بالمثل كالغصب

فيصدق فيه كما يصدق ما فى الغصب اقول لقائل ان يقول هذا التعليل يقتضى ان يصدق فى الزيوف فى القرض

وصل ام فصل كما فى الغصب على ما سيأتى مع انه لا يصدق فى صورة القرض اذا فصل باتفاق الروايات كما صرحوا به

وجه الظاهر اى وجه ظاهر الرواية ان التعامل بالجياد يعنى ان المتعارف فى التعامل هو الجياد والمطلق ينصرف الى المتعارف

فانصرف مطلقه اى مطلق القرض اليها اى الى الجياد فيجب عليه الجياد وبعد ذلك لا تقبل دعوى الزيافة لانها رجوع

عما اقر به ولو قال لفلان على الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض اى لو اهمل ولم يبين الجهة وادعى انها زيوف

قيل يصدق بالاجماع يعنى اذا وصل لان اسم الدراهم يتناولهما اى يتناول الزيوف ولم يذكر ما يصرفها الى الجياد وقيل

لا يصدق قائله هو الكرخى كما صرح به الامام قاضى خان فى شرح الجامع الصغير اى لا يصدق عند ابى حنيفة وصل

ام فصل واما عندهما فيصدق اذا وصل ولا يصدق اذا فصل فحاصل المعنى وقيل هو على الاختلاف السابق ايضا

كما صرحوا به لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى العقود والى الالزام بسبب العقود لتعينها مشروعة

اى لكونها هى المشروعة لا الى الاستهلاك المحرم اى لا ينصرف الى الالزام بسبب الاستهلاك المحرم اذ لا يجوز

حمل امر المسلم على الحرام ما امكن فصار هذا وما بين سبب التجارة سواء قال فى الفتاوى الصغرى ولو اهمل ولم يبين

الجهة ثم قال هى زيوف قال الفقيه ابو جعفر لم يذكر هذا فى الاصول فمن مشايخنا من قال هو على هذا الاختلاف

ومنهم من قال هنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا تجب مع الاجتماع انتهى وكونه

اغتصبت منه الفا وقال او ادعى او ادعى الغائم ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل هذه من مسائل
الجامع الصغير قال المصنف تعليلها لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له اي لواحد من الغصب
والايداع في الجياد بخلاف البيع فان عقد المعاوضة يقتضيها ولا تعامل اي ولا تعامل في غصب الجياد ولا في ايداعها بخلاف
القرض فان التعامل فيه بالجياد فلا يكون قوله هي زيوف بعد الاقرار بغصب الفا وايداعها تغييرا لاول كلامه فيكون بيانا للنوع
فيصح وان فصل قال صاحب الغاية وفيه نظر لانه قد تقدم في قول ابي حنيفة ان الزيافة في الدراهم عيب فيكون ذكر الزيوف رجوعا
فلا يقبل اصلا فلا اقل من ان يكون بيانا مغيرا فلا يقبل مفصولا انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لانه انما يلزم
من كون الزيافة عيبا في الدراهم كون ذكر الزيوف رجوعا او بيانا مغيرا لو تناول كلام المقر المعيوب وغير المعيوب على السواء
بل كان مخصوصا بغير المعيوب وهو الجياد اما من جهة تحقق المقتضي كما في البيع او التعامل كما في القرض واذ قد تبين في
التعليل المذكور عدم تحقق مقتضى الجياد ولا التعامل بها في الغصب والايداع تعين تناول اول كلام المقر الجياد
والزيوف على السواء فلم يكن ذكر الزيوف في اخر كلامه رجوعا عما اقر به اصلا ولا بيانا مغيرا لشيء بل كان بيان النوع قطعا
وقال صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بانا قد ذكرنا انها صفة والموصوف بها قد يكون متصفا بها من حيث الخلقة
فيكون متنوعا ليس الا كما في الحنطة وقد لا يكون فيجوز ان يكون متنوعا وعيبا والضابط في ذلك ان ينظر في الجهة
الموجبة لها فان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا والا كانت نوعا وذلك لانها لما اقتضتها تقيدت بها فلا يمكن ان
يكون الزيافة نوعا منها لتباينهما لكنها تنافيها تنافي التضاد فكانت عيبا لاقتضاء السلامة عيب واذا لم تقتضيها
كانتا نوعين لمطلق الدراهم لاحتماله اياهما احتمال الجنس للانواع هذا انتهى كلامه اقول هذا كلام خال عن التحصيل اما اولا
فلان الزيافة في الدراهم مما لا يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة اصلا اذ هي امر عارض للدراهم يخلو عنها الدراهم
في اصل خلقتها وانما التي قد يكون الموصوف بها متصفا بها من حيث الخلقة هي الرداءة في الحنطة كما مر وهي تعرف على من له فضل
مغض لخلط ذلك منها واما ثانيا فلانه ذكر في الضابط ان الجهة الموجبة للدراهم ان اقتضت السلامة كانت الزيافة عيبا
والا كانت نوعا ليس بمعقول المعنى لان كون الزيافة في الدراهم عيبا امر متقرر غير تابع لاقتضاء الجهة الموجبة بها السلامة
وانما تاثير اقتضائها السلامة عند ابي حنيفة في اخراج الدراهم الموصوفة بذلك العيب عن مطلق اسم الدراهم المذكور في تلك الجهة
لا في جعلها معيوبة وكذلك كون الزيافة نوعا او متنوعة ليس بتابع لعدم اقتضاء الجهة السلامة بل الزيافة كالجودة
متنوعة على كل حال فان الجيادة والزيوف نوعان من مطلق الدراهم قطعا سواء اقتضت الجهة السلامة ام لا واما ثالثا فلانه
ان اراد بقوله واذا لم تقتضيها كانتا نوعين لمطلق الدراهم انهما كانتا نوعين لمطلق الدراهم ولم تكن الزيافة عيبا
فهو ممنوع بل الزيافة عيب على كل حال وكونهما نوعا لا ينافي كونها عيبا فان كون بعض الانواع معيوبا بالنسبة الى البعض الاخر
ليس بغريب وانما لا تكون عيبا لو كانت في اصل خلقة الدراهم وليست كذلك وان اراد بذلك انهما كانتا نوعين لمطلق
الدراهم وان كانت الزيافة عيبا ايضا فلا يحصل الجواب عن النظر المذكور بما ذكره اصلا كما لا يخفى على الفطن قال المصنف
فلهذا اي ولاجل ان لا مقتضي له في الجياد ولا تعامل لو جاء راد المغصوب وهو الغاصب او الوديعة اي ولو راد الوديعة

وهو المودع

وهو المودع بالمعيب متعلق بجاء اي لو جاء رادهما بالمعيب كان القول له اي للراد لان الاختلاف متى وقع في صفة المغصوب
كان القول للغاصب فيما كان او امينا وعن ابي يوسف انه لا يصدق فيه اي في الغصب لا في الوديعة كما صرحوا به مفصولا
اي اذا ادعى الزيافة منفصلا اعتبارا بالقرض اي قياسا عليه اذ القبض فيهما اي في الغصب والقرض هو الموجب للضمان يعني ان
الجامع بينهما كون الموجب للضمان هو القبض وجوابه يفهم مما تقدم فتدبر ولو قال هي ستوقة او رصاص بعد ما اقر بالغصب
والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق هذه المسئلة مما ذكروها في شروح الجامع الصغير تفريعا على المسئلة الاولى
قال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة او رصاص صدق اذا وصل ولم
يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة
فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين انه اراد باللفظ المجاز موصولا قبل والا فلا انتهى
وعلل المصنف هذه المسئلة بما علل به الامام الاسبيجابي فقال لان الستوقة ليست من جنس الدراهم اي ليست من جنسها
حقيقة ولهذا لا يجوز التجوز بها في باب الصرف والسلم لكن الاسم اي اسم الدراهم يتناولها اي يتناول الستوقة مجازا
للمشابهة بين الستوقة والدراهم من حيث الصورة فكان بيانا مغيرا لما اقتضاه اول كلامه لان اول كلامه يتناول الدراهم
صورة وحقيقة وباخر كلامه يتبين ان مراده الدراهم صورة لا حقيقة فلا بد من الوصل لان بيان التغيير يصح موصولا لا مفصولا
بخلاف ما سبق لان الزيوف والنبهرجة دراهم صورة وحقيقة فليس في بيانه تغيير لاول كلامه فيصح موصولا ومفصولا
وان قال في هذا كله اي فيما ذكر من البيع والقرض والغصب والايداع الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان فصل وان وصل صدق
هذه من مسائل الجامع الصغير قال المصنف تعليلها لان هذا استثناء المقدار اي استثناء لبعض ما اقر به من المقدار
والاستثناء يصح موصولا لا مفصولا فيصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى بخلاف الزيافة لانه وصف اي لان الزيافة وصف
ذكر الضمير باعتبار الوصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو اي الاستثناء تصرف لفظي كما بينا فيما مر فيصح
في متناول اللفظ دون غيره ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام اي لضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس
او اخذ السعال او ما اشبه ذلك فهو واصل اي هو في حكم الواصل حتى يصح استثناؤه لعدم امكان الاحتراز عنه لان الانسان
قد يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير ويذكر الاستثناء في اخره لا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان عفوا قال الامام
قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولو فصل بينهما انفصل بطريق الضرورة بان انقطع عنه الكلام ثم وصل فعن ابي
يوسف انه يصح استثناؤه وعليه الفتوى لان الانسان قد يحتاج الى ان يتكلم بكلام كثير مع الاستثناء ولا يقدر
ان يتكلم به بنفس واحد فيجعل ذلك عفوا انتهى كلامه وقال الكاكي في معراج الدراية وبه قالت الائمة الثلاثة
يعني مالكا والشافعي واحمد رحمهم الله تعالى ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول له هذا لفظ القدوري
في مختصره قال المصنف تعليله لان الغصب لا يختص بالسليم فان الانسان يغصب ما يجد من الصحيح والمعيب والجيد
والزيف فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل او فصل ومن اقر لاخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت
فقال اي المقر له لا بل اخذتها غصبا فهو اي المقر ضامن يعني كان القول في هذه المسئلة قول المقر له مع يمينه

فالمقر ضامن الا ان ينكل المقر عن اليمين وان قال اعطيتنيها وديعة فقال اى المقر له غصبتنيها لم يضمن اى لم يضمن المقر

في هذه المسئلة بل كان القول قوله مع يمينه وهاتان المسئلتان من مسائل الجامع الصغير قال المص والفرق بينهما ان في الفصل

الاول وهو قوله اخذت منك الف درهم وديعة اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد

هذا اثبتنا ولهذا العين حال التجاحد وردّ المثل حال الهلاك كون المثل قائما مقام الاصل ثم ادعى ما يبرئه اى ادعى المقر بقوله وديعة ما يبرئه

عن الضمان وهو الاذن بالاخذ والاخر وهو المقر له ينكره اى ينكر الاذن فيكون القول له مع اليمين هذا ما قالوا اقول فيه

بحث لانهم ان ارادوا ان الاخذ مطلقا سبب الضمان فهو ممنوع بل الاخذ اذا كان باذن المالك كاخذ الوديعة باذن الموضع فليس

سبب الضمان قطعا لقوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان كما استدلوا به في كتاب

الوديعة على ان الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمن فيكون ما اخذته اليد الطريق مخصوصا عن قوله عم على اليد ما اخذت

حتى ترد وان ارادوا ان الاخذ بغير اذن المالك سبب الضمان فهو مسلم ولكن لا نسلم ان في الفصل الاول اقر بالاخذ بغير الاذن بل اقر

بالاخذ المقيد بكونه وديعة وهو الاخذ بالاذن فتامل في الجواب قال في الكفاية فان قيل ينبغي ان يصدق المقر ويجعل قوله وديعة

بيان تغيير كما لو قال لفلان علي الف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجب الغصب فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون دعوى مبتدأة

لا بيان ما احتمله صدر الكلام واما قوله لفلان علي الف فيحتمل الوديعة يعني على حفظ فيكون قوله وديعة بيان تغيير فيصدق موصولا

انتهى اقول في الجواب بحث اذ لا نسلم ان صدر الكلام هنا موجب الغصب كيف وسيجيء في كتاب الغصب ان الغصب في اللغة اخذ الشيء

من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده ولا يذهب بيان صدر الكلام هنا

وهو قوله اخذت منك الف درهم اعم من كل واحد من معنى الغصب في اللغة والشريعة والعام لا يدل على الخاص باحدى الدلالات الثلث

فاني يكون موجبه الغصب وكان صاحب معراج الدراية تنبه لما قلنا حيث قال بعد ذكر ما في الكفاية من السؤال والجواب كذا قيل وفيه

نوع تامل وفي الثاني اى وفي الفصل الثاني وهو قوله اعطيتنيها وديعة اضاف الفعل الى غيره وهو المقر له فلم يكن مقرا بسبب

الضمان وفي كلامه ذلك الغير يدعي عليه اى على المقر سبب الضمان وهو الغصب والمقر ينكره فكان القول المنكر مع اليمين قال

المص والقبض في هذا اى في الحكم المذكور كالاخذ يعني لو قال المقر قبضت منك الف درهم وديعة فقال المقر له بل غصبتها كان

ضامنا كما لو قال اخذت منك الف درهم وديعة والدفع كالاعطاء يعني لو قال المقر دفعت الي الف درهم وديعة فقال

المقر له غصبتنيها لم يضمن كما لو قال اعطيتنيها فان قيل قابل الاعطاء والدفع اليه اى الى المقر لا يكون الا بقبضه فكان

الاقرار بالاعطاء والدفع اقرارا بالقبض واذا اقر بالقبض يضمن فينبغي ان يضمن اذا اقر بالاعطاء والدفع ايضا قلنا قيل

في الجواب لا نسلم ان الاعطاء والدفع اليه لا يكونان الا بقبضه بل قد يكون كل واحد من الاعطاء والدفع بالتخلية ولو وضع بين

يديه بدون قبضه فلم يقتض الاقرار بهما الاقرار بالقبض ولو اقتضى ذلكا او ولئن سلمنا انه اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت

ضرورة وما ثبت بالضرورة يثبت بادنى ما يندفع به الضرورة فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان لعدم الحاجة اليه قال

المص وهذا اى ومن اللفظ لفظ ما لو قال المقر له بالاخذ وديعة اذا قال المقر اخذتها غصبا يجلو وانا اى يدل كلامي

ما اذا قال لا قال المقر اخذتها منك وديعة فقال الاخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانهما توافقا

هنالك

هنالك اى فيما اذا قال المقر اخذتها قرضا على ان الاخذ كان بالاذن لان الاخذ بالقرض لا يكون الا بالاذن كالاخذ بالوديعة

الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكره فكان القول المنكر فافترقا اى فافترق ما اذا اقر المقر له اخذتها

غصبا وما اذا قال اخذتها قرضا اقول هنا نظر لان الذي يبرئ المقر انما هو ما يبرئه عن الضمان كما صرح في المسئلة الاولى

والذي يبرئه ليس هو الاذن المطلق فان كثيرا مما يحصل بالاذن كالبيع والقرض ونظائرهما اسباب موجبة للضمان فلا يتصور ان يكون

مبرئه عن الضمان بل انما ذلك هو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة ولا شك ان المقر له لا يوافقه على الاخذ بهذا الاذن

المخصوص والا لما ادعى عليه سبب الضمان وهو القرض واما توافقهما على مطلق الاذن فلا يجدي نفعا في الفرق لان ما ادعاه

المقر ليبرئه عن الضمان وهو الاذن المخصوص الحاصل في ضمن الوديعة وانكار المقر له اياه بقوله لا قياس بعينها فيما اذا قال

المقر له بل اخذتها قرضا غايته الامر ان المقر له ايضا يدعي سبب الضمان وهو القرض والمقر ينكره وان تعارض دعويهما وانكارهما

تبقى اقرار المقر اقرار بسبب الضمان وهو الاخذ سالما عن الدافع كما فيما اذا قال المقر له بل اخذتها غصبا فلم يفترقا افتراقا

يوجب اختلاف الحكم تامل جدا فان قال هذه الالف كانت لي وديعة عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها

يأخذها منه من مسائل الجامع الصغير قال المص في تعليلها لانه اى لان المقر اقر باليد له اى لفلان وفي الكافي وقد اقر بالاخذ

منه والسبيل في الاخذ الرد على الماخوذ منه وادعى استحقاقها عليه اى ادعى استحقاق الالف على فلان بقوله كانت لي

وديعة عند فلان وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه وان قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها فردها علي او قال آجرت ثوبي

هذا فلانا فلبسه ورده علي فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي فالقول للمقر وهذا اى كون القول قول المقر

عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وقول ابي حنيفة هنا استحسان وقولهما قياس

كذا قالوا في شروح الجامع الصغير والارشاد المص بقوله وهو القياس اى قولهما ابي يوسف ومحمد هو القياس وفيه منه ان قول ابي حنيفة

هو الاستحسان ولهذا قال فيما بعد وجه القياس ووجه القياس ثم ان هذا الخلاف اذا لم تكن الدابة والثوب معروفا للمقر اما اذا كان

معروفا له كان القول للمقر في قولهم جميعا لان الملك فيه اذا كان معروفا للمقر لا يكون مجرد اليد فيه لغيره سببا للاستحقاق عليه

كذا في المبسوط والايضاح وذكر في الشروح وعلى هذا الخلاف اى على الخلاف المذكور انفا الاعارة والاسكان بان قال اعرت دابتي

هذه فلانا فركبها ثم ردها علي او اعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ثم رده علي او بان قال اسكنت داري هذه فلانا ثم اخرجته

منها فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب والدار لي ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته فقال فلان الثوب

ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح احترز به عن قول بعضهم ان القول فيه هنا قول المقر بالاجماع فيكون ذلك دليلا لابي حنيفة

ولكن ذلك ليس بثابت في الاصول بل قال عامة المشايخ هو على هذا الخلاف ايضا قال المص وجه القياس ما بيناه في الوديعة وهو

قوله لانه اقر باليد وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر وجه الاستحسان وهو الفرق بين مسئلة الوديعة وبين

هذه المسائل ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية يعني ان اليد فيهما ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة

استيفاء المقصود عليه وهو المنافع فتكون عدما اى فتكون اليد معدومة فيما وراء الضرورة فلا تظهر في حق الا

على المقر لان ما يثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يكون اى فلا يكون الاقرار بالاجارة والاعارة اقرارا له

باليد لا بعد استيفاء المغصوب عليه فقط فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة فان
المقصود منها هو الحفظ والحفظ لا يكون بدون اليد والايداع اثبات لليد قصدا فيكون الاقرار به اي بالايداع اعترافا باليد
للمودع اقول لقائل ان يقول ان اريد ان الاقرار بالايداع يكون اعترافا باليد للمودع مطلقا اي من كل وجه كما صرح به في الكافي حيث
قال فكان الاقرار بالوديعة اقرارا باليد للمقر له مطلقا فهو ممنوع اذ الايداع اثبات يد المحافظة دون اثبات يد الملك فكيف يكون الاقرار
بالايداع اقرارا باليد مطلقا للمودع وان اريد ان الاقرار به يكون اعترافا بيد المحافظة للمودع فهو مسلم ولكن لا يتم به التقريب كما
لا يخفى وجه آخر للاستحسان وهو الفرق ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته اي من جهة المقر فيكون القول
قوله في كيفيته اي في كيفية ثبوت اليد له باي طريق كان كما لو كان في يده عبد فقال هذا عبد بعته من فلان ولم اسلمه اليه بعد فقال
المقر له بل كان في يدك فلم اشتريه منك كان القول قول المقر وهذا المقر له حقا الجحد كذا في النهاية ومعراج الدراية وكما لو قال ملكت
عبدي هذا بالف درهم الا اني ما قبضت الثمن فهي حق الحبس كان القول له وان زعم الآخر خلافه كذا في العناية وشرح تاج الشريعة نقلا
عن الاسرار ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه اي لان المقر قال فيها كانت وديعة وقد تكون اليد وديعة من غير صنعه كاللقطة فانها
وديعة في يد الملتقط وان لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة عنده اي عند صاحب
الدار وان لم يدفعه اليه صاحبه كذا في عامة الشروح اقول فيه كلام وهو ان ما هو ظاهر قول المص وقد يكون من غير صنعه
ينافي ما ذكره في الوجه الاول من ان الايداع اثبات اليد قصدا لان اثبات اليد قصدا يقتضي الصنع فان قلت مراده انه قد تكون
من غير صنع المقر لا من غير صنع المودع وكون الايداع اثباتا لليد قصدا انما يقتضي صنع المودع فلا منافاة قلت فح يلزم
ان لا يصح المثالان المذكوران اللذان ذكرهما جمهور الشراح وذكر الثاني صاحب الكافي ايضا اذ لا صنع لاحد في ثبوت
يد الملتقط في اللقطة وفي ثبوت يد صاحب الدار في الثوب الذي القته الريح في داره واما ثانيا فلان تمثيل جمهور
الشراح الوديعة هنا بالمثالين المذكورين ينافي ما صرحوا به في اول كتاب الوديعة من ان الوديعة تعتمد التسليط على الحفظ
وذلك انما يكون بالعقد والقصد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد وقصد كما اذا هبت الريح في ثوب انسان
فالقته في بيت غيره وجه المنافاة ظاهر حتى لو قال اي المقر اودعتها كان في حق هذه المسئلة ايضا على هذا الخلاف في الحكم
في مسائل الاجارة والاعارة والاسكان اقول يتجه هنا شيء وهو ان الفرق المذكور انما يتضح لو كان وضع مسئلة الوديعة ما لو قال
هذه الالف كانت وديعة عند فلان بدون ذكر لفظة لي واما على ما ذكر في الكتاب من قوله فان قال هذه الالف كانت لي وديعة
عند فلان فيشكل ذلك اذ الظاهر ان لفظة لي تفيد ثبوت اليد من جهته فيؤول معنى المذكور الى معنى قوله اودعتها عند فلان
وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه اي عدم ذكر الاخذ في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاها اي الاعارة
والاسكان قال في غاية البيان انما ذكر الضمير الراجع الى الاجارة على تاويل العقد قلت وانما قال واختاه ولم يقل واختيها
مع ان احدهما وهو الاسكان كان مذكرا وفي مثل ذلك يغلب المذكر على المؤنث ولا يعكس اعتمادا على ما وليهما بالصورتين الآتيتين
ومراد المص هنا الرد على الامام القمي فيما ذكره من الفرق فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة لانه قال فيها اخذتها
منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وفي الاجارة واختيها ما قرده على ذلك لا فتراقها في الحكم للافتراق في الوضع قال ما

في شرح

في شرح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ في الاجارة واختيها ايضا واليه
اشار بقوله لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار ايضا بقي وجه آخر للفرق ذكره الامام قاضي خان في شرح الجامع
الصغير ونقل عنه في النهاية ومعراج الدراية وهو ان في الاجارة والاعارة لو اخذنا الموجر والمعير باقرارهما امتنع الناس
عن الاجارة والاعارة فلا نؤاخذ باقرارهما استحسانا كيلا تنقطع الاجارة والاعارة واما في الوديعة فمنفعة الايداع تعود
الى المالك فلو اخذنا المالك باقراره لا ينقطع الايداع انتهى ورد عليه ان نفع العقود المنفعة في الاجارة ايضا الى المالك
وهو الموجر لانها عقد معاوضة لا عقد تبرع فيعود فيها منفعة الاجرة الى الموجر قطعا كما يعود في الايداع منفعة الحفظ
الى المودع فلم يتم الفرق المذكور بالنظر الى مسئلة الاجارة وان تم بالنظر الى مسئلة الاعارة اللهم الا ان يقال منفعة الاجرة
وان عادت في الاجارة الى الموجر لكن منفعة الدار ونحوها تعود الى المستاجر ولا يقدر الموجر على الانتفاع بها مدة الاجارة
فيتضرر بها من هذه الجهة بخلاف الايداع فانه نفع محض للمودع فافترقا في الجملة وهذا الى الذي ذكر في الاجارة واختيها
بخلاف ما اذا قال اقتضيتها اي قبضت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون
القول له اي قول المقر له لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وذلك اي قضاء الديون بامثالها انما يكون بقبض مضمون
اي يقبض مالا مضمونا يصير دينا على القابض ثم يصير قصاصا بدينه على المديون واذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم
ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض عين ما ادعى فيه
الاجارة وما اشبهها فافترقا قال صاحب العناية في تقرير هذا المقام لان الدين تقضى بامثالها وذلك معلوم فاذا اقر
باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين لان الاقتضاء انما يكون بقبض المضمون والاقرار بقبض المضمون اقرار بسبب
الضمان ثم ادعى تملكه بقبضه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا يعني في صورة الاجارة واختيها فالمقبوض
عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا وقال وعليك بتطبيق ما ذكرنا بما في المتن ليظهر التقديم والتاخير الواقع في
كلام المص بحسن التدبر ان شاء الله تعالى اقول لا يظهر لذي فطرة سليمة بتطبيق ما ذكره وتدبر فيه بحسن التدبر تقديم و
تاخير في كلام المص بل يظهر له نوع اختلال في كلام الشارح اما الاول فلان قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل
الدين ليس عين قول المص فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان لاختلاف تاليهما فلا يقتضي تقديم ذلك تقديم
هذا كيف ولو قدم هنا وضع موضع ذاك فقيل لان الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان
لم يتم التفريع المستفاد من الفاء في فاذا اقر مثل ما تم في تقديم ذاك يشهد بذلك كله الذوق الصحيح واما الثاني فلانه
علل قوله فاذا اقر باقتضاء الدين فقد اقر بقبض مثل الدين بقوله لان الاقتضاء انما يكون بقبض المضمون والاقرار
بقبض المضمون اقرار بسبب الضمان فلا يخفى ان مفاد هذا التعليل ان الاقرار بالاقتضاء اقرار بسبب الضمان لا ان الاقرار
باقتضاء الدين اقرار بقبض مثل الدين كما هو المدعى ولو اقر ان فلانا زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله
في يد المقر اي والحال ان ذلك كله في يد المقر فادعاها اي فادعى الارض او الدار او الكرم فلان لنفسه وقال المقر بل ذلك
كله لي استعنت بك على الزرع او البناء او الغرس ففعلت او فعلته باجر فالقول للمقر هذه من مسائل المبسوط ذكر

المص تفريعا وقال في تعليلها لان اى لان المقر انما اقر له اى لفلان باليد انما اقر بمجرد فعل منه اى من فلان وقد يكون
ذلك اى الفعل من الغير في يد المقر يعني ان الاقرار بمجرد فعل من الغير لا يدل على اليد لان العمل قد يكون في العين والاجير الخفيف
في يد صاحبها وصار او صار حكم هذا كما اذا قال الخاط للخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن اقرارا باليد
ويكون القول للمقر الا انه اقر بفعل منه اى من الخياط وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هنا اى كذا حكم المسائل المذكورة قال في النهاية
فتحصل من هذا كله ان جنس هذه المسائل على ثلثة انواع ففي نوع منها كان القول قول المقر له بالاجماع وهو مسئلة الوديعة و
الاقراض والاقتضاء وفي نوع منها كان القول قول المقر بالاجماع وهو مسئلة بيع العبد ومسئلة دفع هذه الارض او بناء هذه الدار
ومسئلة خياطة الثوب بدون ذكر القبض منه وفي نوع منها اختلفوا فيه فعند ابي حنيفة القول قول المقر كما في النوع الثاني وعندهما
القول قول المقر له كما في النوع الاول وهو مسئلة الاجارة والاعارة والاسكان وخياطة الثوب مع ذكر القبض انتهى

لما فرغ من بيان احكام اقرار الصحيح شرع في بيان احكام اقرار المريض لان المرض
بعد الصحة وافرده بباب على حدة لاختصاصه باحكام ليست للصحيح واذا اقر الرجل في مرض موته بديون اى بديون غير معلومة الاسباب
وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه اى في مرض موته باسباب معلومة تتعلق بلزمته اى لزمته باسباب معلومة مثل بدل مال ملكه او
استهلكه او مهر مثل المرأة تزوجها وعلم معاينة فدين الصحة والدين المعروف الاسباب يقدم على ما اقر به في مرضه وهذا لفظ
القدوري في مختصره قال المص وقال الشافعي دين المرض سواء كان بسبب معلوم او باقراره ودين الصحة يستويان لاستواء
سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين وانما تعرض لوصفي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار
اخبار عن الواجب في الذمة ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل المرض يرجح جهة رجحان الصدق لان المرض سبب التورع
عن المعاصي والانابة عما جرى في الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة اكثر فكان جهة قبول الاقرار فيها اوفر كذا في الشروح اعترض
بعض العلماء على تقرير دليل الشافعي بالوجه الذي ذكره المص حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت
بالاقرار في الصحة فلا يطابق المدعى كما لا يخفى والاولى ان يقال وعند الشافعي الدين في المرض سواء وعلى الدين في الصحة لاستواء السبب
المعلوم والاقرار انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان هذا الدليل اذا افاد مساواة دين المرض للدين الثابت بالاقرار
في الصحة فقد افاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة ايضا بناء على عدم القائل بالفصل بين ذينك الدينين ويطلق عليه مثل ذلك
الاجماع المركب كما تقرر في علم الاصول وعاد بعض الفضلاء الى ان يجيب عنه بوجه آخر حيث قال المدعى عام لما ثبت بالاقرار او بالمعاينة
والدليل خاص ثم قال ويجوز ان يكون من البينة بحال الادنى على حال الاعلى اقول لا حاصل له ههنا لانه ان اراد انه
يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى دينى الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار في الصحة على مساواته لاعلى دينى الصحة وهو الدين
اللازم في الصحة باسباب معلومة فليس بصحيح اذ لا يلزم من وصول الشيء الى رتبة الادنى وصوله الى رتبة الاعلى وكيف يجوز التنبيه
بالادنى على الثاني وان اراد انه يجوز ان يكون من التنبيه بمساواة ادنى دينى المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين الثابت
بالاقرار في الصحة على مساواة اعلى دينى المرض وهو الدين اللازم في المرض باسباب معلومة للدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم
اذ يلزم من وصول الادنى الى رتبة شيء وصول الاعلى الى رتبة ذلك الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئا ههنا اذ الكلام في قصور الدليل

المذكور عن افادة مساواة دين المرض للدين اللازم في الصحة باسباب معلومة مع عموم المدعى وهذا لا يندفع بذلك على ان مساواة
الدين اللازم في المرض باسباب معلومة الدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه اصلا ومحل الوجوب الذمة القابلة
للحقوق وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالتي الصحة والمرض سواء فاستوى دين المرض ودين الصحة في سبب الوجوب
وفي محله فيتساويان في الوجوب واذا استويا وجوبا استويا استيفاء وصار كما اذا كانت التصرف بما يعتبر ومنا لكحه اى صار اقراره
في المرض كانشاء التصرف بالبيع والنكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا هذا ولنا ان الاقرار لا يعتبر
دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير اى اذا تضمن ابطال حق الغير كالراهن والآجر شيئا ثم اقر انه لغيره فانه لا ينفذ اقراره في حق
المرتهن والمستاجر لتعلق حقهما به وفي اقرار المريض ذلك اى ابطال حق الغير لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال بعد المرض
استيفاء اى من حيث الاستيفاء ولهذا منع اى المريض من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث قال صاحب العناية فيما اذا لم يكن عليه دين وفيما
اذا كانت الديون محيطة بالمال فلا يجوز تبرعه اصلا في الثلث وما دونه انتهى واقتفى اثره صاحب الغاية في حل هذا المحل بعين المعنى ولكن
غير العبارة حيث قال ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بالمال وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى
اقول ليس هذا بشرح صحيح اذ الظاهر من قولهما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شيء من الديون اصلا بمقتضى وقوع النكرة
في سياق النفي فحينئذ يصير معنى كلام المص ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا
لم يكن على المريض دين اصلا ولا يخفى ان هذا معنى لغو بل فاسد قطعا اذ لم يكن على المريض دين اصلا لم يتصور تعلق حق الغرماء
بماله فالوجه في حل هذا المحل ان يقال ما ذكره المص فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله واما اذا احاطت الديون بماله فيمنع
التبرع مطلقا اى بالثلث وما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين اصلا لكن
ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به فالمنع لاجل تعلق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المص ولهذا منع انما
يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان جمهور الشراح قالوا في قول المص ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا
بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة
في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة اقول يرد عليه ان يقال لم لا يجوز ان يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على
الثلث في حال المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لا لتعلق حق الغرماء به الا يرى انه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه
دين اصلا فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي لان ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة
ثم اقول كان الحق على المص ان يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة اصلا اذا احاطت الديون بماله
اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعا ويتضح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الفطن وكان الامام الزيلعي تنبه
لقصور ما ذكره المص ههنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير
مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المص تفريط لان منعه من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث
ليس بمطلق بل فيما اذا احاطت الديون بماله واما فيما اذا لم تحط به فيتقدر بالثلث والظاهر من كلام الامام الزيلعي فكان
فيما افراط فالحق الذي لا محيد عنه في تنقيح الكلام ههنا لافادة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفا فان الاقرار بالوارث

في المرض صحيح مع انه يبطل به حق سائر الورثة فلم لم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما
في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الورثة المال بالنسب والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى آخرهما بعد الموت لا يبعد ان
شاهدي النسب قبل الموت اذا رجعا بعد الموت والمشهود له اخذ المال لم يضمنا شيئا فاما الدين فلا يجب بالموت بل يجب بالاقرار
كذا في المبسوط والاسرار بخلاف النكاح جواب عما استشهد به الشافعي من ان النكاح يعني لا يلزمنا ذلك لانه من الحوائج
الاصلية فان بقاء النفس بالتناسل ولا طريق للتناسل الا بالنكاح والمريض غير ممنوع عن صرف المال الى الحوائج الاصلية وان كان
ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الدواء والاغذية وهو اي النكاح بمهر المثل هذه جملة حالية يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية
حال كونه بمهر المثل واما الزيادة على ذلك فباطلة وان النكاح جائز كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح
من الحوائج الاصلية مطلقا اقول ـــــ كون النكاح من الحوائج الاصلية مطلقا ممنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون
من ضروريات الانسان والنكاح باكثر من مهر المثل ليس من ضرورياته لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج هو لا يحتاج
اليه بان كان له نساء وجوار وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي تشارك غرماء الصحة مع ان هذا النكاح لم يكن من
الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء الشهوة قلنا النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة
لاصل الوضع لا للحال لان الحال مما لا يوقف عليها لينبني الامر عليها اليه اشار في الاسرار وذكر في الشروح وبخلاف المبايعة
بمثل القيمة جواب عما استشهد به الشافعي من المبايعة يعني ولا يلزمنا المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق
بالمالية لا بالصورة والمالية باقية في المبايعة بمثل القيمة وان فاتت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم
بل فيه تحويل حقهم من محل الى محل يعدله وللبدل حكم المبدل ولما استشعر ان يقال لو تعلق حق الغرماء بمال المديون
بطل اقراره بالدين حالة الصحة ايضا لان الاقرار المتضمن لابطال حق الغير غير معتبر كما مر مع ان ذلك ليس بباطل بالاجماع
اجاب بقوله وفي حالة الصحة لم يتعلق حق الغرماء بالمال اي بمال المديون لقدرته على الاكتساب اي لقدرة المديون على الاكتساب
في تلك الحالة فيتحقق التثمير اي تثمير المال وهو تكثيره يقال ثمر الله ماله اي كثره فلم يقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء وهذه
اي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب فيتعلق حقهم بالمال في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر ان يقال الحاصل
ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا ينبغي ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول به كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة
لتعلق حقهم به كذلك اجاب بقوله وحالة المرض حالة واحدة اي حالة اول المرض وحالة آخره بعد ان تتصل به الموت حالة واحدة
لانه اي لان المرض حالة الحجر ولهذا يمنع عن التبرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كما ان حالتي الصحة حالة واحدة
فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى اي حالة الصحة حالة اطلاق للتصرف وهذه اي حالة المرض
حالة عجز عن التصرف قال في غاية البيان لو قال حالة حجر لكان اولى لكونه اشد مناسبة بالاطلاق فافترقا اي افترق الحالتان
والمكان فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره ثم ان الدليل
المذكور افاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في تقديم الديون المعروفة الاسباب عليه فقال
واما تقدم المعروفة الاسباب يعني واما تقدم الديون اللازمة في حالة المرض باسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار

في حالة المرض لانه لا تهمة في ثبوتها اي في ثبوت تلك الديون اذ المعاين لا مرد له يعني ان ثبوتها بالمعاينة والامر المعاين
لا مرد له فتقدم على المقر به في المرض فكذلك اي مثل ما ذكرنا من الديون المعروفة الاسباب مثل بدل ما ملكه كثمن المبيع وبدل القرض او ما ملكه
او مثل بدل ما استهلكه وعلم وجوبه اي وجوب البدل بغير اقراره اي بغير اقرار المريض بان يثبت وجوبه بمعاينة القاضي او
بالبينة او تزوج المراة بمهر مثلها هذا عطف على بدل ما ملكه او استهلكه بحسب المعنى كانه قال او مهر مثل امراة تزوجها فانه
ايضا من الديون المعروفة الاسباب اقول الظاهر ان كون العلم بوجوبه بغير اقرار المريض شرط في هذا المثال ايضا اذ لو كان
ثابتا باقرار المريض فلا يتضح مثالا لما يتقدم عليه من الديون المعروفة الاسباب واذا كان ذلك شرطا فيه فهذا ايضا الذي يجب تاخير
المصنف قوله وعلم وجوبه بغير اقراره وجه وجيه وهذا الدين يعني الدين اللازم في المرض باسباب معلومة مثل دين الصحة لا تقديم
احدهما على الآخر لما بينا اشارة الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها فان تلك العلة اعني عدم التهمة في الثبوت كما تمشي في الدين اللازم
في المرض باسباب معلومة بناء على ان المعاين لا مرد له كذلك تمشي في دين الصحة مطلق اما فيما لزم في الصحة باسباب معلومة فبناء على
انه لا يكون فيه ابطال حق الغير كما في اقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما بينا اشارة الى قوله المعاين لا مرد له اقول
ليس هذا بتام لان تلك العلة اعني قوله اذ المعاين لا مرد له لا تتمشى فيما اذا ثبت دين الصحة بالاقرار اذ الثابت بالاقرار ليس بالمعاين
فلا ينطبق على ان لا يتقدم هذا الدين على دين الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما بينا انه من الحوائج الاصلية
يعني في النكاح ولا تهمة في ثبوته في غيره انتهى اقول هذا تكلف مستغنى عنه فان قول المصنف لانه لا تهمة في ثبوتها مع قوته على الكل
وشمول الدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفى به في شرح قوله هنا لما بينا فيصار الى
توزيع قوله لما بينا الى قوله لانه لا تهمة في ثبوتها والى قوله في تعليل خلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل كما
يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه من الحوائج الاصلية
وقوله لانه لا تهمة في ثبوتها اقول ان اراد ان قوله لما بينا اشارة الى مجموع المذكورين في الموضعين بطريق التوزيع كما
قرره صاحب العناية فيرد عليهما ما يرد عليه من انه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وان اراد انه اشارة الى كل المذكورين
بطريق الاستقلال يعني ان كل واحد منهما يصلح ان يكون علة مستقلة لكون الديون المعروفة الاسباب مطلقا
مثل دين الصحة لا يتقدم احدهما على الآخر فليس بصحيح لان قوله لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل مخصوص بالنكاح
وليس كثير من اسباب تلك الديون من الحوائج الاصلية قط فلا يتم المقصود ولو اقر المريض بعين في يده لآخر وهي كانت
العين امانة او مضمونة لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به اي بالمال اقول ذكر المصنف هذه المسئلة تفريعا
على مسئلة القدوري ومفادها ان الاقرار بالعين في المرض كالاقرار بالدين فيه ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء
دون البعض خلافا للشافعي ذكر المصنف هذه المسئلة ايضا تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها لان في ايثار
البعض ابطال حق الباقين وهو لا يصح فان فعل ذلك لا يسلم المقبوض للقابض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا
نص عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي المقبوض سالم للقابض لان المريض ناظر لنفسه فيما يصنع فربما يقضي دين من
يخاف ان لا يسامحه بالابراء بعد موته بل يخاصمه في الآخرة والتصرف على وجه النظر غير مردود والجواب انا النظر لنفسه

انما يصح اذا لم يبطل حق غيره وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء اي غرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانت غرمائهم الدين
المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز ايثار البعض على البعض بقضاء الدين والعلة اشتراك الكل وتساويهم في تعلق حقهم بمال
المريض الا اذا قضى ما استقرض في مرضه هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض وقوله
وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعا اي قضى واستقرض فالمعنى الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذا قوله او نقد
ثمن ما اشترى في مرضه اي نقد في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم وجوبه اي والحال انه قد علم وجوب كل واحد من القضاء
والنقد بالبينة او بمعاينة القاضي فانه يجوز ان يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينهما ويسلم المقبوض لهما
ولا يشاركهما في ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حول من محل الى محل يعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة
والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط ارايت لو رد ما استقرض بعينه او فسخ البيع ورد البيع اكان يمتنع سلامته للمردود
عليه لحق غرماء الصحة لا يمتنع ذلك فكذلك اذا رد بدله لان حكم البدل حكم المبدل كذا في النهاية وذكر في الذخيرة باوضح من هذا
فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة ان يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون
المرأة والآجر لان المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا ان حق غرماء الصحة في معنى مال
المريض لا في اعيانها وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى انه لو باع ماله يوفي حقوقهم
كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر ابطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه
من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم وليس له
ولاية الابطال انتهى قال اي القدوري في مختصره فاذا قضيت على صيغة المجهول وفيه رائحة الفعل القائم مقام الفاعل
بقوله يعني الديون المتقدمة واراد بالديون المتقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض باسباب معلومة وفضل
شيء هذا من كلام القدوري يعني وفضل شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة يصرف الى ما اقر به في حال المرض قال المص
تعليله لان الاقرار في ذاته صحيح اي محمول على الصدق في حق المقر لصدوره عن اهله في محله اذ الكلام فيه فيكون محمولا عليه
مانارة في حق غرماء الصحة لكونهما في حق الغير فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته اي صحة اقراره في المرض لزوال المانع قال
اي القدوري في مختصره وان لم يكن عليه اي على المريض ديون في صحته جاز اقراره وان كان بكل ماله قال المص في تعليله
لانه لم يتضمن ابطال حق الغير يعني انه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع اقول كان فالتأ
في وضع المسئلة ان يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه باسباب معلومة جاز اقراره لان الديون
اللازمة في المرض باسباب معلومة متقدمة ايضا على الدين الثابت باقرار المريض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فالظاهر
انه لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه باسباب معلومة وكان
المراد بالمعنى الورثة هنا من كلام القدوري ايضا قال المص في تعليله لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين
جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي عليه السلام
كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه نظر لانه روى في مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عن عمر وكذا روى في الاسرار

حدثت محمد بن الحسن عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر انه قال اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث
فانه جائز وان احاط ذلك بماله اقول هذا النظر غير وارد لان كونه مرويا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويا عن عمر
ايضا فيجوز ان يسنده بعض الفقهاء في النقل الى احدهما كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم الى الاخر كما وقع
في الهداية والكافي وغيرهما سيما اذا اختلف عبارة الفريقين في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال
ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله عنهما انهما قالا اذا اقر المريض لوارثه لم يجز واذا اقر لاجنبي جاز انتهى فتدبر
ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين حائل بينه
وبين الجنة كذا في الشروح وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ عن الحاجة ولهذا تقدم حاجته اي حاجة الميت
في التكفين والتجهيز اقول لقائل ان يقول ان كان قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لم يتم ما ذكره
المص فيما مر للفرق بين الدين الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم بمباشرته بقوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية
وهو بمهر المثل ثم اقول يمكن ان يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحوائج الاصلية اذا لم يتحقق هناك دين
الصحة والدين اللازم في المرض باسباب معلومة او تحقق ولكن فضل شيء من التركة بعد قضائهما واما اذا تحققا لم يفضل شيء من التركة
بعد قضائهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحوائج الاصلية لان علته كونه من الحوائج الاصلية ان يرفع به الحائل بين المديون
وبين الجنة كما مر وتلك العلة متحققة عند تحقق دين الصحة ودين المرض باسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما الا انهما
يحولان بينه وبين الجنة ما لم يرفعا بقضائهما بخلاف النكاح فان علة كونه من الحوائج الاصلية كونه من مصالح المعيشة
وهذه العلة متحققة في كل حال واجاب بعض الفضلاء عن الايراد المزبور بانه لم يظهر ثبوت الدين فيما اذا اقر بدين في مرضه وعليه
ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج الاصلية اقول يرد عليه انه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما اقر به في
مرضه وبين ما لزمه بمباشرته عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني في المعاين لا ان يرد له لا عدم كون الاول
من الحوائج الاصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المص بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية ومورد الايراد انما هو قول المص
هذا فكيف يكون التوجيه فتامل قال اي القدوري في مختصره ولو اقر المريض لوارثه لا يصح سواء اقر بعين او بدين كما صرح به
وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاق يتناول العين والدين الا ان يصدقه فيه اي في اقراره هذا بقية الورثة قال
الشافعي في قول واحمد وقول شريح وابرهيم النخعي الانصاري والقاسم وسالم وابو هاشم وقال الشافعي في احد قوليه
يصح وهو قول ابي يوسف والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح اذا لم يتهم ويبطل اذا اتهم كمن له بنت وابن عم فاقر
لابنته لم يقبل ولو اقر لابن عمه قبل اذ لا يتهم ان يزيد في نصيبه ويتهم ان يزيد في نصيبها ودليل ما قال الشافعي في احد قوليه
ما ذكره المص بقوله لانه اي لان الاقرار اظهار حق ثابت اي اخبار عن حق لازم عليه لترجح جانب الصدق فيه اي في هذا الاقرار بدلالة
الحال فان حال المرض ادل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز ان يثبت الحجر عن الاقرار به وصار هذا الاقرار للاجنبي
وبوارث آخر نحو ان يقر لمجهول النسب بانه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شيء من التركة اليه وبنحو يقر بهلكه للوارث
اي وكالاقرار باستهلاك وديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير رجل اودع اباه الف

درهم في حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ثم مات وانكر ذلك سائر الورثة
فان اقرار المريض جائز والغرم في تركته للابن المقر له خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه انا ولم نعتبر اقراره يصير انه
مات مجهلا فيجب الضمان فلا يفيد رد اقراره ولان تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة في المعاينة انتهى اقول
جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعاينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لا استهلاك
المورث اياها وانما يثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتيك المسئلة فبقي الكلام في صحة الاقرار
بالاستهلاك فالصواب من جوابيهم هو الاول كما هو المفهوم مما ذكر في الجامع الكبير في تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان
تصرف المريض انما يرد للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا الايداع لانا اذا كذبناه فمات وجب الضمان ايضا في تركته لانه
مات مجهلا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح انما اغتروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا ففهموا ان وجه عدم
التهمة فيه ثبوته بالمعاينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره ام كذب لانه مات
مجهلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب ايضا في تحرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة
المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع ان التعليل المذكور حجة على الشافعي لا له وانما
الصواب ان يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا في وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه على تلك المسئلة كما ذكره غيره ولنا
قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين رواه الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن ابان بن تغلب عن
جعفر بن محمد عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الائمة في مبسوطه
وحجتنا في ذلك قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين الا ان هذه الزيادة شاذة غير مشهورة وانما
المشهور قول ابن عمر رضي الله عنه اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث
فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وبه اخذ علماؤنا وقول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى
قال صاحب البدائع بعد ذكر قول ابن عمر ولم يعرف فيه مخالف من الصحابة فيكون اجماعا انتهى اقول كل واحد من الحديث
الذي رواه الدارقطني عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انما يدل على بطلان اقرار
المريض لوارثه بالدين بدون تصديق الورثة ومسئلتنا تعم بطلان اقراره له بالدين وبالعين كما صرح به
فكان الدليل قاصرا عن افادة تمام المدعى اللهم الا ان يلتزم ذلك بناء على افادة الدليل العقلي الاتي كلية
المدعى فتامل ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا يمنع اي المريض من التبرع على الوارث كالوصية والهبة
اصلا اي بالكلية ففي تخصيص البعض به اي ففي تخصيص بعض الورثة بماله ابطال حق الباقين اي ابطال حقوق باقي الورثة
وهو جور عليهم فيرد تذكر ههنا ما يرد عليه من الاشكال بالاقرار في المرض بوارث آخر وجوابه فانا قد ذكرنا
فيما مر نقلا عن المبسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين لبعض الورثة
فقد ظهر حاجته لان العاقل لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض تزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى
العقل فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار للوارث ايصال نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين ويجب

الدين

الدين لم يعرفوا الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه اراد الايثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب ان
يتوقف صحته على رضى الباقين دفعا للوحشة والعداوة بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع
اليه بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء من تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره كذا في الكفاية ومعراج
الدراية ولان حالة المرض حالة الاستغناء عن المال لظهور امارات الموت الموجب لانتهاء الآمال وكل ما هو كذلك فالاقرار
لبعض الورثة فيها يورث تهمة تخصيصه والقرابة تمنع عن ذلك لانها سبب التعلق اي سبب تعلق حق الاقرباء بالمال وتعلق
حقهم به يمنع تخصيص بعضهم بشيء منه بلا مخصص وعلى هذا التقرير الذي نحا نحوه صاحب العناية يكون قوله ولان
حالة المرض حالة الاستغناء الى آخره دليلا مستقلا على اصل المسئلة وهو الظاهر من اسلوب تحريره وقال بعض الفضلاء
قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الى آخره فانه كان دليلا انيا وهذا دليل لمي انتهى
اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان تقديم قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين يابى عن ذلك جدا لان قوله ولانه
تعلق حق الورثة بماله في مرضه مقدمة لدليل اصل المسئلة وقوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين مقدمة اخرى له
بالاولى ولو كان قوله ولان حالة المرض حالة الاستغناء معطوفا على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلا على المقدمة
الاولى لكن المعطوف عليه فيلزم توسيط المقدمة الثانية بين دليلي المقدمة الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصح قوله و
حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق لان يكون دليلا على قوله ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه لولا
توسيط قوله ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين وعن هذا قال في الكافي ولانه اثر بعض ورثته بشيء من ماله بعد تعلق
حق الكل بماله فيرد كما لو اوصى له بشيء من ماله وهذا لان حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله لظهور امارات الموت فيها والظاهر انه لا
يحتاج الى ماله لانتهاء آماله واعتماده على الآخرة فيظهر عند استغنائه حق اقربائه ولهذا منع من التبرع على ورثته اصلا فلم
يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقين انتهى وقال في التبيين ولان في ايثار بعض الورثة بماله بعد تعلق
حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يتمكن
من ابطال حقهم بالاقرار لبعض ورثته كما لا يتمكن منه بالوصية لهم انتهى تبصر الا ان هذا التعلق اي تعلق حق الورثة بمال
المريض في حالة المرض لم يظهر في حق الاجنبي حيث لم يمنع اقرار المريض للاجنبي لحاجته اي لحاجة الانسان الى المعاملة مع الناس
في الصحة اي في حالة الصحة فلو لم يصح اقراره بالكلية في حالة المرض لم تنقض حاجته في حالة الصحة لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض
يمتنع الناس عن المعاملة معه في الصحة بناء على جواز ان يمرض المريض فيختل مصالحه فيقع في الحرج وهو مدفوع شرعا ولما
استشعر ان تلك الحاجة موجودة في حق الوارث ايضا لان الناس كما يعاملون مع الاجنبي يعاملون مع الوارث اجاب
بقوله وقلما تقع المعاملة مع الوارث لان المعاملة للاسترباح والاسترباح مع الوارث لانه يستحيي من المماكسة معه
فلا يحصل الربح فلم يظهر اي وكذا لم يظهر هذا التعلق في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ايضا اي لحاجة الناس الى الاقرار
بالوارث ايضا لان الاقرار بالنسب من الحوائج الاصلية لانه يحتاج الى بقاء نسله فلا ينحجر عنه لحق الورثة فاذا صدقوه
اي اذا صدق بقية الورثة المقر لوارث فقد ابطلوه اي ابطلوا حقهم فيصح اقراره وهذا الكلام من المصنف بيان لوجه الا

قوله التعلق اي تعلق حق الغير بمال
المريض في مرضه حق تعلق الغير به

الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله الا ان يصدقه فيه بقية الورثة واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط بالمال بينا الشان
الى قوله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية كما ذهب اليه صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والحق انه لو تحجر عن الاقرار
بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه كما ذهب اليه صاحب غاية البيان وتبعه الشارح العيني في العناية وكانت المسئلة معلق
بما تقدم الآن ذكرها للتمهيد الذكر القياس والاستحسان والقياس ان لا يجوز الا في الثلث وهو مذهب بعض الناس كما ذكره
شيخ الاسلام في مبسوطه لان الشرع قصر تصرفه اي تصرف المريض عليه اي على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو
تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا في الثلث فكذا الاقرار وجوابه لا ينفذ الا في الثلث كما قالوا اقول لقائل ان يقول الشرع
انما قصر على الثلث تصرفه الذي لم يكن من الحوائج الاصلية دون مطلق التصرف والا لزم ان لا ينفذ تصرفه في نحو غذائه
والادوية الا في مقدار الثلث ولم يقل به احد وقد تقرر فيما مر ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلم يجر القياس المذكور
في الاقرار بالدين اللهم الا ان يتمحل ان كون قضاء الدين من الحوائج الاصلية على موجب الاستحسان ايضا دون القياس
الا انا نقول في وجه الاستحسان المانع اقراره في الثلث لانتفاء التهمة عن اقراره في ذلك القدر لعدم تعلق حق الورثة به كان له
التصرف في الثلث الباقي لان الثلث بعد الدين والثلث بعد الدين محل التصرف قطعا فينفذ الاقرار في الثلث الثاني
ثم وثم حتى ياتي على الكل غير متصور في الوجه المرضي لما على القول بالجزء الذي لا يتجزى كما هو مذهب المتكلمين فظاهر لان التثليث
اذا انتهى الى ثلثة اجزاء فاخرج منها احدها وبقي جزآن امتنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزئين الباقيين لعدم امكان
التجزي في شيء منهما واما على القول بان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فلان كل ان الثلث في كل مرتبة لا يحتمل ان يكون
عين الكل للقطع بمغايرة الجزء للكل لا يقال مراده من الاتيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة لانا نقول فح لا يتم التقريب
لان المدعى جواز الاقرار لاجنبي وان احاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه
دين فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لان المريض احق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة
الورثة فلما صح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما ان جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كانه هو الابتداء
فيجب ان ينفذ وصيته في ثلثه ايضا ثم وثم الى ان ياتي على الكل واجيب بان الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما
اقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده وليس الثلث بعد الوصية بشيء محل تصرف المريض وصية وانما محل الوصية
ثلث المجموع لا غير فافترقا قال اي القدوري في مختصره ومن اقر لاجنبي في مرضه بمال ثم قال هو ابني ثبت
نسبه منه اي ثبت نسب المقر له من المقر وبطل اقراره بالمال فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها بخلاف
الهبة والوصية حيث بطلتا لها ايضا وقال زفر يبطل الاقرار لها ايضا لانها وارثة لها عند الموت فحصلت التهمة
وهو المعتبر في الباب ولنا ما ذكره المص بقوله ووجه الفرق اي بين المسئلتين ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق
فتبين انه اقر لابنه فلا يصح يعني ان النسب اذا ثبت يستند الى وقت العلوق فتبين بذلك ان اقرار المريض وقع
لوارثه وذلك باطل ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج يعني ان الزوجية اذا ثبتت تثبت مقتصرة على زمان
العقد فبقي اقراره لاجنبية فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة ح والهبة في المرض في حكم

الوصية على ما ياتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو ان المريض اقر بدين لابنه وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن
او اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة الوصية بحال وارثا ثانيا
الى العلم بخلاف ما اذا اقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هناك قائما وقت الاقرار انتهى قال اي القدوري
في مختصره ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها منه اي من الزوج قال
الامام الزيلعي في شرح الكنز هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار
لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الائمة الزاهدي في شرح مختصر القدوري وفي بعض
النسخ والشروح ومن طلق زوجته في مرضه ثلثا بسؤالها ثم اقر لها بدين والوصفان صحيحان والحكم فيهما واحد على ما قرره
في الجامع والمحيط غير انه لولا الاقرار ففي الوضع الاول ترثه اذا مات في العدة وفي الوضع الثاني لا ترثه ومع هذا اذا اقر لها
بدين فلها الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه اقول قد اختلفت ائمتنا في استخراج هذا المقام والذي يطابق آخر كتاب
الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فانه قال هناك وان طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل
من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي هنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما اذا طلقها بغير امرها
ثم اني تتبعت عامة المعتبرات حتى الجامع والمحيط ولم اظفر في شيء منها بكون الحكم واحدا في الوضعين المذكورين بل انما وجدت المسئلة
المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور وجدتها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة او بامرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي واما عدم
تعرض المص وصاحب الكافي وكثير من الشراح هنا للتقييد المذكور فيجوز ان يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان
صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا ايضا بالقيد المذكور الا انه افسد حيث جعلها مثالا لما كان المقر له
وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيرها عن وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلثا بامرها
وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم اقر لها وبينهما بون لا يخفى قال المص في تعليل مسئلة
الكتاب لانهما اي الزوجين متهمان فيه اي في هذا الاقرار لقيام العدة اشار بهذا الى ان وضع المسئلة فيما اذا كان تحقق
الموت قبل انقضاء العدة واما اذا كان موته بعد انقضائها فاقراره لها جائز وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله اي فلعل
الزوج اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها فوقعت التهمة في اقراره ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت
اي اقل الامرين قال علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو اقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها
ويحاص غرماء الصحة به لانه اقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو اقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها
اقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي
الفتاوى الصغرى المريضة اذا اقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهي منكوحة او معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت
غير منكوحة ولا معتدة بان طلقها قبل الدخول يصح

فى بيان الاقرار بالنسب

قدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولا ريب في ان ما هو كثير التعداد اهم
بالبيان وانما افرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والاحكام كما ستطلع عليه قال ومن اقر بغلام يولد مثله

اى شمل ذلك الغلام نسله اى لمثل المقر يعنى هما فى السن بحيث يجوز ان يولد مثله للمقر وليس له اى للغلام نسب معروف
لكان مجهول النسب تراتبه اى قرابته وصدقه الغلام اى فيما اذا كان يعبر عن نفسه واما اذا كان لا يعبر عن نفسه
فلا يشترط تصديقه كما صرح به قاطبة ثبت نسبه منه جواب المسئلة اى ثبت نسب الغلام من المقر وان كان المقر مريضا الى
هنا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف تعليل المسئلة لان النسب مما يلزمه خاصة يعنى ان النسب فى الصورة المذكورة
مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير فيصح اقراره به وان كان مريضا لان اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير
ولا تهمة ههنا وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذبا فى الظاهر فلا يصح اقراره وشرط ان لا يكون له نسب معروفا لانه اذا
كان له نسب معروف يمنع ثبوته من غيره لان النسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته وانما شرط تصديقه اى تصديق الغلام لانه فى يد
نفسه اذ المسئلة فى غلام يعبر عن نفسه واذا كان فى يد نفسه فلا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر
فى التبيين اقول ينتقض هذا التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط فى لزوم ما اقر به هناك تصديق المقر له
ولكن يرتد الاقرار برده على ما تقرر فى صدر كتاب الاقرار مع جريان ان يقال فى ذلك ايضا ان الحق له فينبغى ان لا يثبت بدون تصديقه
وقال فى البدائع لان اقراره يتضمن ابطال اليد فلا يبطل الا برضاه انتهى اقول تضمن الاقرار بالنسب ابطال يد المقر له محل المنع
فتأمل وقال فى التسهيل لما فيه الزام حقوق النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى اقول هذا اظهر الوجوه وهو الحق
عندى اذ لا شك انه يترتب على ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما اشبههما وفى بعضها مشقة على المقر له
ففى الاقرار بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو نفع محض للمقر له
فيه بدون التزامه بخلاف الصغير الذى لا يعبر عن نفسه لانه فى يد غيره فلا يشترط تصديقه على ما مر قبل اى فى باب دعوى
النسب من كتاب الدعوى ولا يمتنع بالمرض اى لا يمتنع الاقرار بالنسب بسبب المرض لان النسب من الحوائج الاصلية فصار كالنكاح
بمهر المثل ويشارك الورثة فى الميراث هذا من تتمة كلام القدورى فى مختصره اى ويشارك الغلام المقر له بالبنوة سائر الورثة
فى ميراث المقر قال المصنف تعليله لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشاركه ورثته اى ورثة المقر بالنسب قال
اى القدورى فى مختصره ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد اى بالشرائط التى مر بيانها كما صرح به فى الكافى ومعراج الدراية وسائر
المعتبرات اقول لا يذهب عليك ان المسئلة المتقدمة مندرجة فى هذه المسئلة اذ يدل عليها صراحة قوله ههنا والولد
فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة ههنا ايضا لم يكن لذكر تلك المسئلة فيما قبل على الاستقلال كما وقع فى مختصر القدورى
وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك فى الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى والزوجة اى ويجوز
اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط ههنا ان تكون المراة خالية عن زوج آخر وعدته وان لا تكون تحت المقر اختها ولا اربع
سواها نص عليه فى الكافى والشروح والمولى اى ويجوز اقراره بالمولى يعنى مولى العتاقة سواء كان اعلى او اسفل هذا اذا لم يكن ولاؤه
ثابتا من الغير لان الولاء بمنزلة النسب فثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار بالنسب فكذلك فى الولاء كذا فى الذخيرة
وغيرها قال صاحب النهاية اعلم ان هذا الذى ذكره ههنا من صحة اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة
الفقهاء ورواية شرح الفرائض والجامع الصغير للامام المحبوبى وغيرهما والله اعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف تعليل مسئلة الكتاب

لانه

للامام سراج الدين

لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه وقال صاحب العناية
وهذا الدليل كما ترى يدل على صحة اقراره بالام كصحته بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى اعلم بصحته وقد عرفت
صحته بدلالة الدليل المذكور انتهى يعنى ان صحته معروفة بدلالة الدليل المذكور عليها فلا وجه لتردد صاحب النهاية
فيها كما يشعر به قوله والله تعالى اعلم بصحته اقول فيه بحث اما اولا فلان دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام
ممنوعة فان من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز
ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتى فاذا لم يجز تصديقها اياه لم يجز اقراره بها لاستلزام
انتفاء الشرط انتفاء المشروط واما ثانيا فلان تردد صاحب النهاية فى صحة اقراره بالام انما نشأ مما صرح فى عامة الكتب
بان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن والمراة ومولى العتاقة وذكر العدد يمنع الزيادة والنقصان على ما عرف
فى الاصول فلما لم يجز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر فى تلك الروايات جاز ان يكون دليل ذلك اقوى من الدليل المذكور فى الكتاب
للجواز فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلى وجاز ان يكون دليل عدم الجواز هو النص او الاجماع او القياس الخفى الذى هو
الاستحسان فكل واحد منها يترك القياس الجلى وان كان دليل ذلك هو القياس الجلى ايضا فلا اقل من المساواة وعدم الاطلاع عليه
على دليل ذلك لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين فالى ان يتحقق احد الجانبين بصحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض
الفضلاء على مسئلة الكتاب والدليل المذكور فيه بان الاقرار بامومة المراة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة
فينبغى ان لا يقبل فان قيد بعدم الفعل لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصح ايضا اذا اخذ بهذا
القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفى ذلك انتهى اقول الحق ان الاقرار بامومة المراة فيه تحميل النسب على الغير
وان كانت متزوجة بل فيه تحميل ابوة الزوج ايضا بناء على كون الاصل فى النسب هو الاب كما انه اقر على نفسه بالانتساب اليه ايضا
وعن هذا قالوا فى الاقرار بالاب صح لان المقر بالاب الزم نفسه الانتساب اليه فلم يقل احد ان فيه تحميل نسب نفسه على الغير
بخلاف اقرار المراة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذى فيه حمل نسب الغير
على الغير اقرار على غيره لا على نفسه فكان دعوى او شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد فيما يطلع عليه
الرجال وهو من باب حقوق العباد غير مقبولة كذا فى البدائع وغيره ويقبل اقرار المراة بالوالدين والزوج والمولى لما بيناه انه
اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والانوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى فى صحة الاقرار بالاشياء المذكورة
حالة الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعلق حق الغرماء والورثة بالتركة فما لا يتعلق به حق
الغرماء والورثة كان الاقرار به فى الصحة والمرض سواء والنسب والنكاح والولاء لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا فى المبسوط
ولا يقبل اقرار المراة بالولد وان صدقها لان فيه اى فى اقرارها بالولد تحميل النسب اى تحميل نسب الولد على الغير وهو الزوج
لان النسب منه اى من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لابائهم الا ان يصدقها الزوج استثناء من قوله ولا يقبل بالولد يعنى
اذا صدقها الزوج يقبل اقرارها بالولد لان الحق له اى للزوج فيثبت بتصديقه او تشهد بولادته قابلة اى او الا
ان تشهد قابلة بولادته اى بتولده كذلك لو ولد من تلك المراة وفى بعض النسخ بولادتها اى بولادتها اياه فحينئذ يتم

اضيفا المصدر الى الفاعل وترك المفعول وفي الاول عكس الامر لان قول القابلة في هذا اي في هذا الخصوص مقبول
اذ الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبول وقد مر في الطلاق اي في باب ثبوت النسب
عند قوله فان جحد الولادة يثبت بشهادة امراة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت
بالفراش القائم وقد ذكرنا في اقرار المراة تفصيلا وكتاب الدعوى من هذا الكتاب من ذكر التفصيل هو ان اقرارها بالولد
انما لا يصح بدون شهادة قابلة بالولادة اذا كانت المراة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي
حنيفة رحمه الله واما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها
والاصل في جنس هذه المسائل ان من اقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراره مقبول كما يقبل اقراره في نفسه بسائر
الحقوق ومن اقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع
فان قلت لاي معنى يثبت نسب الولد من الاب دون الام مع ان الولد ولد منهما وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون
الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة او الخمسة المذكورة دون من سواهم مع ان الرجل اذا اقر بالاخ بعد موت
ابيه يشاركه في تركة ابيه على ما سياتي في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حيوته كما ذكر في المحيط والذخيرة
قلت اما الاول فلان الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لابائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث
اضاف الولد الى الاب بلام التمليك ولذلك اختص الاب بالنسب واما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي صحة اقرار الاب
بالولد ووجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاختصاص حتى لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه احد في نسبه واما فائدة ثبوت
النسب في حق هذه الاربعة او الخمسة فهي ثبوته على طريق العموم لا على طريق الخصوص اي ان حقوق المقر له كما يلزم على المقر كذلك
يلزم على غير المقر من المصير الى اقراره حتى انه اذا اقر بالابن مثلا فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان جحد سائر الورثة
ذلك ويرث من ابي المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجحد بنوته لابنه واما فيما سوى الاربعة او الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر
ظهر اثره في موضعين احدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من اقر باخ وله ورثة سواه يجحدون اخوته فان المقر
له لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من ابي المقر وانه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرنا والثاني صحة رجوع المقر عما اقر في حق
من سوى الاربعة او الخمسة وعدم صحته في حق هولاء فان من اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم رجع عما اقر يصح حتى اذا اوصى بماله
كله لانسان بعد الاقرار بالاخ كان المال للموصى له لان النسب لما لم يثبت كان اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما اقر
واما اخذ الاخ المقر له تركة المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار ان ذلك صار بمنزلة الموصى له
بجميع المال وباعتبار ان اقراره حجة في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حيوته
الى هنا كلام صاحب الذخيرة وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي قال المصنف ولا بد من تصديق هولاء اي لا بد من تصديق المقر لهم
المذكورين لانهم في ايدي انفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر له صغيرا في يد المقر
وهو لا يعبر عن نفسه وجد له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا للغير يشترط تصديق مولاه كذا في التبيين
ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر يعني ان المقر له بالنسب اذا صدق في حال حيوة المقر يصح وكذا اذا صدق بعد موته

لان النسب يبقى بعد الموت فيصح تصديق المقر له بالنسب بعد موت المقر حتى يثبت به احكام النسب باسرها قال تاج
الشريعة ولا يشكل هذا بايجاب البائع اذا مات قبل قبول المشتري لان الاقرار تام في نفسه والتصديق شرط فكان كما
اذا باع بشرط الخيار للمشتري ثم مات البائع لا يبطل اما الايجاب ثمة فليس بتام لان القبول ركن انتهى وكذا تصديق
الزوجة اي وكذا يصح تصديق الزوجة زوجها في الاقرار بالزوجية بعد موت الزوج المقر بالاتفاق حتى يكون لها المهر
والميراث لان حكم النكاح وهو العدة باق بعد الموت فان العدة واجبة بعد الموت وهي من اثار النكاح الا يرى انها تغسله
بعد الموت لقيام النكاح زوجها وكذا تصديق الزوج بعد موتها اي وكذا يصح تصديق الزوج المراة بعد موتها في الاقرار
بالزوجية فعليه مهرها وله الميراث منها لان الارث من احكامه اي من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد الموت كالعدة وهذا عند
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند ابي حنيفة لا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان النكاح انقطع بالموت حتى يجوز له ان يتزوج
اختها واربعا سواها ولهذا لا يحل غسلها بعد موتها عندنا ولا عدة عليه ليصح باعتبارها كما في العكس ولا يصح التصديق على اعتبار
الارث هذا جواب سوال مقدر يرد على قول ابي حنيفة تقريره سلمنا ان تصديق الزوج اياها بعد موتها لا يصح نظرا الى انقطاع
النكاح بالموت بدليل ان الزوج لا يحل له ان يغسل زوجته بعد موتها باتفاق اصحابنا ولكن لم لا يصح تصديقه اياها بعد موتها
نظرا الى الارث الذي هو من اثار النكاح ايضا فقال لا يصح التصديق على اعتبار الارث لانه اي لان الارث معدوم حالة الاقرار
اي حالة اقرار الزوجة بالنكاح وانما يثبت اي الارث بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال صاحب العناية معناه ان
التصديق هو الموجب لثبوت النكاح الموجب للارث فلا يمكن ان يثبت بالارث اقول لا يخفى على الفطن ان معنى كلام المص ههنا
ان التصديق يستند الى اول الاقرار والارث معدوم في تلك الحالة فلا يمكن اعتبار صحة التصديق باعتبار الارث المعدوم
واما المعنى الذي ذكره صاحب العناية فمع كونه مما لا يساعده عبارة المص اصلا ليس بسديد ههنا اما اولا فلانه لم يقل احد بان
التصديق يثبت بنفس الارث حتى يتم ان يقال في الجواب عنه لا يمكن ان يثبت التصديق بالارث لثبوت الارث به بل قيل بصحة
التصديق باعتبار مصادفته وقت الارث الذي هو من اثار النكاح كما اذا كان التصديق قبل موتها فانه يصح اتفاقا لمصادفته
وقت ثبوت النكاح مع انه يجري ان يقال ان التصديق هو الموجب لثبوت النكاح فلا يمكن ان يثبت بثبوت النكاح واما
ثانيا فلانه يلزم ح ان يكون قول المص لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت ضايعا مستدركا لجريان ذلك المعنى وكذا
في ان الارث موجود حالة الاقرار بان ثبت قبل الموت فتدبر قال صاحب العناية ولقائل ان يعارض فيقول لا يصح التصديق
على اعتبار العدة لانها معدومة حالة الاقرار وانما تثبت بعد الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار ونقضه بما ذكرتم ويمكن
ان يجاب عنه بان العدة لازمة للموت عن نكاح بالاجماع فجاز ان يعتبر النكاح المعاين قائما باعتبارها فكذا المعتبر ههنا والارث
فليس بلازم لجواز ان تكون المراة كتابية فلم يعتبر قائما باعتباره انتهى كلامه اقول جوابه ليس بتام لان العدة ايضا
غير لازمة للموت عن نكاح عند ابي حنيفة لجواز ان تكون المراة ذمية مات عنها زوجها الذمي او تكون حربية خرجت الينا
مسلمة او ذمية او مستامنة ثم اسلمت او صارت ذمية فانه لا عدة عليها في هذه الصور عند ابي حنيفة اذا لم تكن حاملا كما تقرر
في محله فالمعارضة المذكورة انما ترد على قول ابي حنيفة فالجواب الذي لا يدفعها على اصله ثم ان بعض العلماء قال بعد نقل ما ذكره

قوله يثبت بنفس الارث بالتصديق
واما ثانيا فلان ذلك يقتضي

يعقوب باشا

صاحب العناية في هذا المقام الظاهر انه اراد صاحب الهداية ان التصديق يستند الى حالة الاقرار وفي تلك الحالة لا يجب الارث
بل هو حكم يجب ويثبت بعد الموت فمتى صححنا الاقرار صححنا الاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شيء هو في الحال معدوم
من كل وجه وهو النكاح واشير اليه هنا في النهاية فلا يرد المعارضة اصلا لان وجوب العدة ثابت قبل الموت فلا يكون التصديق
واقعا في نكاح معدوم من كل وجه الى هنا اقول نعم اشير الى ذلك المعنى في النهاية وغيرها ولكن قوله فلا يرد المعارضة اصلا ممنوع
قوله لان وجوب العدة ثابت قبل الموت ان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالملاقاة فمسلم لكن ذلك لا يجدي نفعا
اذ الكلام في المعتدة بالموت وان اراد به ان وجوبها ثابت قبل الموت في المعتدة بالموت ايضا فممنوع بل وجوبها في المعتدة
بالموت بعد الموت كما لا يخفى وصرح به في النهاية وغيرها وقال بعض الفضلاء هذه المعارضة مدفوعة عن المص فانه لم يعين ان
المراد من حكم النكاح في قوله حكم النكاح باق هو العدة فلعله اراد به مثل حرمة التزوج بزوج آخر وحل غسلها فانه ثابت في حال النكاح
ايضا ولو عينه لا يمكن ان يقال اراد بالعدة ما يلازمها من امثال ما ذكرنا مجازا فلا اشكال انتهى كلامه اقول ما ذكره من مثل حرمة التزوج
بزوج آخر وحل غسلها ليس بحكم مستقل للنكاح بعد الموت بل من متفرعات العدة كما لا يخفى على العارف بالفقه فاذا لم يصح التصديق
على اعتبار العدة لم يصح ذلك على اعتبار ما هو متفرع عليها لان سقوط الاصل عن حيز الاعتبار يقتضي سقوط الفرع عن حيز ذلك
ايضا فالاشكال باق فان قيل اذا اقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق
الكسب والارث في مسئلتنا كذلك قلنا الكسب يتبع ملك الاصل لا ابتداء المالك الرقبة لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها
حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير قائما مقام العبد فاما الارث فانما يثبت بعد موت المراة على سبيل الخلافة
عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار المستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقها بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ كذا
في الاسرار والايضاح وغيرهما قال اي القدوري في مختصره ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد الصلبي نحو الاخ والعم
ونحو الجد وابن الابن كما صرحوا بهما في الكافي لا يقبل اقراره في النسب وان صدقه المقر له الا بتفسير البينة كما ذكره في التحفة
وغيرها لان فيه اي في هذا الاقرار حمل النسب على الغير فان في الاقرار بالاخ حمل النسب على الاب اذ المقر له بالاخوة ما لم يكن ابن ابي المقر
لا يكون اخاه وفي الاقرار بالعم حمل النسب على الجد اذ المقر له بالعمومة ما لم يكن ابن جد المقر لا يكون عمه وفي الاقرار بابن الابن حمل النسب
على الابن اذ المقر له لا يكون ابن ابن للمقر ما لم يثبت بنوته من ابن المقر وفي الاقرار بالجد حمل النسب على الاب اذ المقر له
لا يكون جد المقر ما لم يثبت ابوته من ابيه فان كان له اي للمقر نحو ما ذكر وارث معروف قريب كاصحاب الفروض والعصبات
او بعيد كذوي الارحام فهو اي الوارث المعروف اولى بالميراث من المقر له حتى لو اقر باخ وله عمة او خالة فالارث للعمة
والخالة لانه لم يثبت نسبه اي نسب المقر له منه اي من المقر فلا يزاحم الوارث المعروف قال في النهاية قوله فان كان له
وارث بالفاء بعد قوله لا يقبل اقراره في النسب وقع في محزه لان هذا نتيجة ذلك فصورة ذلك ان الرجل اذا اقر
في مرضه باخ له من ابيه وامه او بابن ابن له ثم مات وله عمة او خالة او مولى الموالاة فالميراث للعمة والخالة او المولى
ولا شيء للمقر له لان النسب لا يثبت باقراره فلا يستحق المقر له مع وارث معروف شيئا وان لم يكن له اي للمقر
وارث معروف استحق المقر له ميراثه لان له اقرارين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في الاول مقر على غيره واقراره

على غيره

على غيره غير معتبر اذ لا ولاية له على غيره وفي الثاني مقر على نفسه واقراره على نفسه معتبر لان له ولاية التصرف في مال
نفسه عند عدم الوارث الا يرى ان له ان يوصي بجميعه اي بجميع ماله وقد جعل ماله للمقر له فيما نحن فيه باقراره باستحقاق
ذلك بعده فيستحق المقر له جميع المال وان لم يثبت نسبه من المقر لما فيه اي في الاقرار المذكور من حمل النسب على الغير
وليست هذه اي هذه الصورة او القضية يعني الاقرار المذكور وصية حقيقة اوضح ذلك بقوله حتى ان من اقر باخ
ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال ولو كان الاول يعني الاقرار بالاخ وصية لاشتركا اي الاخ والموصى له بجميع
المال نصفين لكنه استدراك عن قوله وليست هذه وصية حقيقة اي لكن الاقرار المذكور بمنزلة اي بمنزلة الوصية بتأويل
الايصاء ولعمري ان المص فرط في المساهلة في امر التذكير والتانيث في كتابه هذا كما ترى ومن ذلك انه اشار فيما مر آنفا الى
الاقرار بلفظة هذه وارجع هنا الى الوصية ضمير المذكر حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله
لانسان بانه ولا وارث له كان ماله جميعا للموصى له ولو لم يوص لاحد كان ماله لبيت المال لان رجوعه اي رجوع المقر المريض صحيح
اي انكاره رجوع والرجوع عن مثل هذا صحيح بمنزلة الرجوع عن الوصية لان النسب لم يثبت فبطل اقراره وينبغي ان يعرف
ان الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير
لذلك واما اذا ثبت النسب فلا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته قال اي القدوري
في مختصره ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ان فيه حمل النسب على الغير ويشاركه في الارث اي يشارك المقر له
بالاخوة المقر في الارث من ابيه وبه قال مالك واحمد واكثر اهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه في الارث لعدم ثبوت
النسب وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال المص في تعليل المشاركة لان اقراره تضمن شيئين احدهما حمل النسب على الغير
ولا ولاية له اي للمقر عليه اي على الغير والثاني الاشتراك في المال وله فيه ولاية لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه
فيثبت ومثل هذا البين يمتنع كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق اي بعتق ما اشتراه من ذلك البائع لم يقبل اقراره في حق
الرجوع بالثمن على البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن ولكن يقبل اقراره في حق العتق
حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق ذلك واعلم انه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف
نصيب المقر عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر له من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان
لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر باخ آخر فكذبه اخوه المعروف فيعطى المقر له نصف ما في يده عندنا وعندهما ثلث ما
في يده لان المقر قد اقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته ويبطل ما كان في حصة اخيه فيكون له ثلث
ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب اخيه فبطل اقراره فيه ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه
في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو اقر باخت تاخذ
ثلث ما في يده عندنا وعندهما تاخذ خمسه ولو اقر بابن وبنت باخ وكذبهما ابن آخر معروف فيقسم نصيب المقر بينهم
عندنا اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو اقر بامراة انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده ولو اقر بجدة
صحيحة اخذت سدس ما في يده فيعامل بما في يده كما يعامل لو ثبت ما اقر به ولو اقر احد الابنين المعروفين بامراة انها زوجة

بينهما ولكن بين الاخوين اخذت تسعين مائة في يد عندنا وعند مالك وابن ابي ليلى الحاضر مائة في يد لانه في زعم المقر ان للمراة ثمن ما في
يد الابنين لان اقراره صح فيما في يده نفسه ولم يصح في حق صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيها ثمن ما في يده ونحن نقول
ان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم فلما اصاب الاخوين اكثر من حقه في زعمهما
ذكر كالهالك فيقسم النصف الذي في يد المقر بينه وبينها على قدر حقهما فيجعل نصيب المقر وهو سبعة على تسعة اسهم
فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة اسهم كذا في التبيين والبدائع والايضاح ثم اعلم انه لا يثبت
النسب في حق الميراث باقرار وارث واحد وانما يثبت باقرار رجلين او رجل وامراتين من الورثة وقال ابو يوسف الحسن في الشافعي
كل من يحوز الميراث يثبت النسب بقوله وان كان واحدا والاول صح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهدي في شرح مختصر
القدوري نقلا عن شرح الاقطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من ان الاقرار بنحو الاخوة اقرار على غيره لانه حمل نسب غيره على
غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كانا اثنين فصاعدا لانه شهادة رجلين او رجل وامراتين في النسب مقبولة
قال في الجامع الصغير ومن مات وترك ابنين وللاب الميت على آخر مائة درهم فاقر احدهما اي الابنين ان اباه قبض منها اي
من المائة خمسين درهما لا شيء للمقر لانه لا حق من المائة للابن المقر وللآخر اي وللابن الآخر خمسون منهما يعني كان للابن الآخر ان ياخذ
الخمسين من الغريم بعد ان يحلف بالله ما يعلم ان اباه قبض من المائة لان هذا اي لان اقرار احد الابنين بما ذكر اقرار بالدين على الميت
لان الاستيفاء اي استيفاء الدين يكون بقبض مضمون لان الديون تقضى بامثالها فيجب الديون على صاحب الدين مثل ما قضى
الدين عليه فيلتقيان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاء عليه من حصته خاصة فان الاكذب اي كذب المقر اخوه استغرق
الدين نصيبه اي نصيب المقر كما هو المذهب عندنا احتراز عن قول ابن ابي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب
المقر وعند ابن ابي ليلى يشيع في النصيبين كذا في اكثر الشروح وقال في الكفاية خلافا للشافعي فعنده يشيع في النصيبين
وقال في معراج الدراية وبما هو المذهب عندنا اي كما قال الشافعي في قول وقال الشافعي في قول واحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس
مذهب مالك وبه قال النخعي والحسن والحكم واسحاق وابو عبيد وابو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بان هذا اقرار على البعض خاصة
فيستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب ان قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا اقر المقر بقبض خمسين قبل الوراثة
لم يتعلق على زعمه من الدين الا للخمسين فلم تتحقق القسمة انتهى اقول الجواب المذكور ليس بشاف لانه حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض
على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر في حق نفسه لا في حق الغير فيكفي في المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز
بالنظر الى كل احد فالاظهر عندي في الجواب ان يقال قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز في القسمة الحقيقية واما في القسمة الحكمية كما نحن فيه
فعدم جوازها ممنوع ويؤيده ما صرحوا في فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بان القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصدا لا ضمنا فتامل قال البعض
غاية الامر انهما اي الابنين تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما اي كون الخمسين الباقي على الغريم الذي يقبضه الابن المنكر
مشتركا بين المقر والابن المنكر جواب سؤال مقدر تقريره ان جميع الدين كان مشتركا بينهما فكذلك كل جزء من اجزائه يكون مشتركا بينهما
فما هلك يهلك مشتركا وما بقي يبقى مشتركا فالابن المنكر لا يجحد الهلاك لم ينكر الاشتراك في شيء من اجزائه والابن المقر وان زعم ان بعض اجزائه
هالك الا انه لم ينكر الاشتراك فيما بقي بعد الهلاك فهما متصادقان في الاشتراك في الباقي المقبوض فينبغي ان يكون ذلك بينهما نصفين

ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فاجاب بانهما وان تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض
بشيء لعدم الفائدة اذ لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم بقدر ذلك لزعمه ان اباه لم يقبض شيئا من الغريم ولا تمام
الخمسين بسبب سابق ويرجع الغريم ايضا على المقر بقدر ذلك لانتقاض المقاصة في ذلك القدر وبقاء دينه على الميت بموجب اقراره
والدين مقدم على الارث فيؤدي الى الدور ولا فائدة فيه فقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب هنا بوجه آخر حيث قال فان قيل
زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان في زعمه ان المقبوض على التركة كما في زعم المقر والمنكر يدعي زيادة على المقبوض فتصادقا على كون المقبوض
مشتركا بينهما فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى نصيب المقر خاصة ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما اجاب بقوله غاية
الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم
الدور انتهى اقول في كل واحد من تقريري السؤال والجواب على الوجه الذي ذكره محل اما تقرير السؤال فلانه لا تحدث معارضة
زعم المقر لزعم المنكر وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مما لا مساس له بكلام المصنف هنا لان قوله غاية الامر انهما تصادقا على كون
المقبوض مشتركا بينهما ولا شك ان التصادق ينافي التعارض والترجيح فكيف يحمل الكلام على ذلك والعجب ان صاحب العناية ادرج
تصادقهما ايضا في اثناء تقرير السؤال وفرع على تعارض زعميهما حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب
المرجح بقوله فالمرجح لزعم المقر على زعم المنكر ولا يخفى ان في نفس هذا التقرير تعارضا وتناقضا واما تقرير الجواب فلان المفهوم
من قوله يعني ان المرجح هو ان اعتبار زعم المنكر يؤدي الى عدم الفائدة بلزوم الدور هو ان لزوم الدور انما يكون باعتبار
زعم المنكر دون زعم المقر وليس كذلك بل لزوم الدور انما يكون باعتبار زعم المقر دون المنكر لان رجوع الغريم على المقر
بالآخرة انما هو على زعم المقر ان اباه قبض منه الخمسين وانما بقي عليه الخمسون المقبوض واما على زعم المنكر وهو ان اباه
لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر بشيء بل يلزمه ان يعطي المقر ايضا مثل ما اعطاه المنكر فلا يلزم الدور
تدبر تقف ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول اذا كان في زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان في زعمه ان
اخاه في اقراره ظالم وهو فيما يقبضه اخوه منه مظلوم فلا يرجع على الغريم بشيء لان المظلوم لا يظلم غيره والجواب
ان المظلوم لا يظلم غيره ولكن في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل طالب بتمام حقه انتهى اقول في الجواب نظر لان
الخمسين الذي قبضه المنكر من الغريم اولا ان كان تمام حق المنكر لم يكن هو في رجوعه على الغريم بعد ذلك طالبا لتمام
حقه اذ ليس حقه في المائة زائدا على الخمسين حتى يكون طالبا لتمامه وان لم يكن المقبوض اولا تمام حقه بل كان بعضه
حق اخيه لم يكن هو فيما يقبضه اخوه منه مظلوما وسوق الجواب المذكور على تسليم مظلوميته كما ترى فالحق في الجواب
ان يقال لا نسلم انه اذا كان في زعم المنكر ان اباه لم يقبض شيئا كان في زعمه انه فيما يقبضه اخوه منه مظلوم كيف
وهما متصادقان على كون ما قبضه من الغريم اولا مشتركا بينهما كما تقرر نعم يجب ان يكون في زعم المنكر كون اخاه ظالما
لنفسه حيث ابطل حقه في المائة باقراره بان اباه قبض منها الخمسين

كتاب الصلح

قد مر مناسبة الصلح بالاقرار في اول كتاب الاقرار والصلح في اللغة اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة وهو
من الصلاح وهو استقامة الحال فمعناه دال على حسنه الذاتي وفي الشريعة عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة بسبب

تعلق البقا المقدر بتعاطيه كما في ساير المعاملات وركنه الايجاب والقبول كذا ذكر في البدايع والكافي وكثير من الشروح
قال صاحب العناية اخذا من النهاية وركنه الايجاب مطلقا والقبول فيما يتعين بالتعيين واما اذا وقع الدعوى في الدراهم
والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي فعلت ولا يحتاج فيه الى قبول المدعى عليه لانه اسقاط لبعض
الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الاول لانه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره فقال ذلك الغير بعت لا يتم البيع ما لم
يقل الطالب قبلت انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه سيأتي في الكتاب ان الصلح اذا وقع عن اقرار فان كان عن مال
بمال اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات وان كان عن مال بمنافع اعتبر بالاجارات واذا وقع عن سكوت او انكار كان في حق
المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فاذا تقرر هذه الضابطة فلو وقع الدعوى
في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت او انكار وجب ان لا يتم الصلح بقول المدعي
فعلت لان كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعض الاخر فيما اذا وقع عن سكوت او انكار انما هو في حق المدعي واما في
حق المدعى عليه فانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة فلا بد من قبوله ايضا حتى يتحقق الافتداء وينقطع الخصومة واما
ثانيا فلانه اذا وقع الدعوى فيما يتعين بالتعيين كالدار مثلا فصولح على قطعة منها ولحق به ذكر البراءة عن دعوى
الباقي كان الصلح صحيحا على ما يجيء في ذكر الكتاب فينبغي ان يتم هناك ايضا بقول المدعي فعلت بدون قبول المدعى عليه لكونه
اسقاطا لدعوى بعض الحق بمنزلة ما قاله فيما اذا وقع الدعوى في الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس ولا يتم الا بالايجاب
والقبول فيما يتعين بالتعيين واما ثالثا فلان قوله لانه طلب البيع من غيره الخ في تعليل قوله بخلاف الاول لان اداة
كلمة المدعي وهو كنيته الايجاب والقبول معا فيما يتعين بالتعيين مطلقا فان طلب البيع من غيره لا يتمشى في كل صورة
من الصور الثلث المندرجة في الضابطة المذكورة بل انما يتمشى في صورة واحدة منها وهي ما اذا كان الصلح عن اقرار وكان عن مال
بمال تأمل وفي شرط مطلق الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاعتياض ولهذا شروط اخر سيأتي تفصيلها في الكتاب وحكمه
وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكافي وعامة الشروح وفي العناية اخذا من النهاية وحكمه تملك المدعي المصالح عليه منكرا كان
الخصم او مقرا وتملك المدعى عليه المصالح عنه ان كان مما يحتمل التمليك والبراءة في غيره اذا كان مقرا وان كان منكرا فحكمه
وقوع البراءة عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمليك اولا انتهى اقول فيه كلام وهو ان المصالح عليه ايضا قد يكون
مما لا يحتمل التمليك كترك الدعوى فانهم صرحوا بانه اذا ادعى حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا
على ترك الدعويين جاز فجعل حكم الصلح في جانب المصالح عنه قسمين تملك المدعى عليه اياه وبراءته عن دعوى المدعي وفي جانب
المصالح عليه قسما واحدا هو تملك المدعي اياه مع جريان احتمال التمليك وعدم احتماله في الجانبين معا مما لا يخلو عن تحكم فان
نوقش في المثال المذكور بان كون المصالح عليه ترك الدعوى في ذلك امر ظاهري مبني على المسامحة وانما المصالح عليه حقيقة في ذلك
ما ادعاه كل واحد منهما من الحق فيما بيد الاخر فانه يقع مصالحا عنه بالنظر الى ما في يده ومصالحا عليه بالنظر الى ما بيد الاخر وهو مما يحتمل
التمليك قطعا قلنا فما تقول فيما اذا ادعى كل واحد منهما على الاخر قصاصا فاصطلحا على ترك الدعوى والعفو من الجانبين اذ
لا شك انه كما كان ترك الدعوى والعفو مما لا يحتمل التمليك كذلك نفس القصاص مما لا يحتمل التمليك فلا يتمشى في هذه الصورة

تملك المدعى المصالح عليه بل انما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الاخر بقي ههنا كلام اخر وهو انه اذا ادعى رجل دارا وانكر المدعى
عليه ودفع المدعي الذي في يده شيئا بطريق الصلح واخذ الدار فانه جائز كما سيأتي في الشروح واصل المسئلة في الفصل التابع من فصول
الاستروشني مع انه يملك هناك المدعي المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقض ما ذكر من حكم الصلح في الجانبين طردا وعكسا
فتأمل **قوله** الصلح على ثلثة اضرب صلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار قال في العناية الحصر
في هذه الانواع ضروري لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا وهو لا يخلو عن النفي والاثبات ولا يخفى ان هذا
تقسيم الاول وهو قوله ان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا اذ يخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع فسمية
فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر في هذه الانواع ضروري ويمكن ان يقال المراد بالسكوت في قوله اما ان يسكت او يتكلم
مجيبا الا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم اصلا فتدخل الصورة المزبورة في القسم الاول من تقسيم الاول وهو قوله اما ان يسكت
فيصح قوله الحصر في هذه الانواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر لا يخلو عن ايماء الى ان
المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لانه في مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس بما ذكر
في الكتاب بل هو ان لا يتكلم اصلا **قوله** وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير تسامح المصنف ههنا في التعبير حيث قال لاطلاق
قوله تعالى مع انه لا يذهب عليك ان الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا اطلاق قوله الا انهم كثيرا ما يتسامحون
في العبارة في امثال هذا بناء على ظهور المراد وتنبيها على فائدة يفيدها تلك العبارة كما في تعريفهم العلم بحصول صورة الشيء في العقل
مع انه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على تحقيقه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قوله
النص لاطلاق قوله تعالى اي لقوله المطلق فالاضافة من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف انتهى اقول ليس هذا بسديد
اما اولا فلان اضافة الصفة الى الموصوف ليست بجائزة كاضافة الموصوف الى الصفة على اهل المذهب المختار المقرر في
كتب النحو حتى انهم اولوا مثل جرد قطيفة واخلاق ثياب بما يخرج به عن ان يكون من قبيل اضافة الصفة الى الموصوف
في صحة كلام المصنف ههنا على ذكره واما ثانيا فلان الصفة في قوله المطلق هي المطلق لا الاطلاق في الكلام وتوجيه اطلاق قوله
فلا يجدي وجه باضافة الصفة الى الموصوف شيئا بل لا بد من المصير الى المسامحة كما ذكرنا قال صاحب العناية فان منع الاطلاق
لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير فكان للعهد اجيب بان الاعتبار
لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وبانه ذكر التعليل اي لا جناح عليهما ان يصلحا لان الصلح خير فكان عاما ولانه وقع قوله
تعالى ان يصلحا في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله والصلح خير كان في الحال فلم يكن اياه بل جنسه انتهى اقول ان الجواب
الاول والثالث من هذه الاجوبة الثلثة ليسا بتامين اما الاول فلان كون الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لا يجدي
شيئا في دفع السؤال المذكور لان حاصله منع عموم اللفظ بحمل اللام في قوله تعالى والصلح خير على العهد فانه يصير حاصله انما يجدي
نفعا لو سلم عموم اللفظ في نفسه واريد تخصيصه بخصوص السبب واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والصلح خير كان في الحال
ان التكلم بهذا الكلام والاخبار بهذا الخبر كان في الحال اي حال ورود الاية الكريمة فمسلم لكن هذا لا ينافي ان يكون تحقق مدلوله
في الاستقبال الا يرى انك اذا قلت الامر الذي يحدث غدا خير فلا شك انه يكون تكلمك بهذا الكلام واخبارك به كائنا في الحال وتحقق

ذكر الامر واتصافه بالخيرية فيكون في المستقبل فلم يتم قوله فلم يكن اياه بل جنسه وان اراد به ذكر ان الصلح الذي اخبر بانه خير كان في الحال
نوع موضوع فالصلح بين تلك الاجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح اعتماد الاسرار وجعل كون الصلح
عامة في قوله تعالى الصلح خير على تقدير ان ذكر التعليل هو ان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي علل فيه بل اينما وجدت العلة يتبعها الحكم كذا قالوا
وهو التقرير المناسب لقواعد الاصول واما التقرير المطابق لقواعد المعقول فهو انه يكون حينئذ خارجا مخرج الكبرى من الشكل الاول
كانه قيل لان هذا صلح والصلح خير وكلية الكبرى من شرط الانتاج في الشكل الاول على ما عرف في الميزان واعترض بعض الفضلاء على صاحب
الايضاح حيث قال فيه بحث لانه لو كان تعليلا لا بد له من الفاء بالواو انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ذكر الابدال انما يلزم لو كان
تعليلا من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل من حيث المعنى وعن هذا قالوا ان الله تعالى اخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كانه
قال صالحوا لان الصلح خير قال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير على ان قوله تعالى والصلح
خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما اشرنا اليه فيما مر واداة التعليل كاللام والفاء اذا ذكرت انما تدخل على اول الدليل
وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الابدال هنا اصلا تدبر ثم قال صاحب العناية فان قيل سلمنا يقتضي الاطلاق في قوله تعالى
والصلح خير ولكن صرفه الى الكل متعذر لان الصلح بعد اليمين وصلح المودع وصلح من ادعى قذفا على آخر وصلح من ادعى على امراة
نكاحا فانكرت لا يجوز فيصرف الى الادنى وهو الصلح عن اقرار اجيب بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم
تركه عند عدمه انتهى اقول يرد على ظاهر قوله وصلح من ادعى على امراة نكاحا فانكرت لا يجوز انه خبط اذ هو مخالف لصريح
ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سياتي وهو انه اذا ادعى رجل على امراة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى
يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع ثم اقول توجيهه ان لعدم الجواز رواية في هذه المسئلة وان كان ظاهر الرواية جوازه فيها
والسؤال المزبور انما اورده الشافعية فهم اختاروا في هذه المسئلة ما هو الملائم لغرضهم والحنفية اجابوا عنه تارة بمنع عدم
الجواز في تلك المسائل واخرى بان ترك العمل بالاطلاق في بعض المواضع لمانع لا يستلزم تركه عند عدمه فصاحب العناية اكتفى بالثاني
ولم يتعرض المنع واما صاحب غاية البيان فتعرض لهما معا حيث قال في الجواب هنا على انا نمنع عدم جواز الصلح في دعوى النكاح عليها
اذا انكرته فصالحته على مال لانه يجوز وبه صرح القدوري في مختصره وسيجيء ذكره في فصل عقيب هذا انتهى وقال في ذلك
الفصل وهذا الذي ذكره القدوري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال
الشافعية في مسئلة الصلح على الانكار بقولهم اذا ادعى على امراة نكاحا فانكرت فصالحته على مال لا يجوز وانه صحت تلك المسئلة
كما اوردها في نسخ طريقة الخلاف فالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى **قوله** وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت
لما روينا قلت كان الاظهر ان يقال لآخر ما روينا لانه اولا احتج عليه لا لكل **قوله** ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع
الخصومة وهذا رشوة الظاهر ان هذا دليل آخر مستقل للشافعي على مدعاه هنا وهو عدم جواز الصلح مع انكار
او سكوت فيكون معطوفا على قوله لما روينا لا على قوله لان البدل كان حلالا الخ كما يشعر به قول صاحب النهاية او نقول هذا
بهذه الصفة لان المدعى عليه اذا كان منكرا لم يتوجه عليه بدعوى المدعي حق فيقع بذل المال من المدعى عليه رشوة ودفعا للخصومة
عن نفسه واذا صار تمليكا بهذه الجهة لا يقع التملك من المدعي الا بهذه الجهة لانه ما بدل حق المدعى عليه وملكه فلا يجب لغيره ملكه

الابلجية

الا بالجهة التي تملكها وهو قد تملكه بجهة الرشوة وهي حرام انتهى كلامه فتدبر **قوله** واننا ما تلونا واول ما روينا كرر ذكرهما
تاكيدا وتوطئة لقوله وتاويل آخره الخ والا لكفى هنا بيان هذا التاويل مع بيان ان دفع الرشوة لدفع الظلم
جائزة في الشرع لانه بصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانهما اقول بقي اشكاله في قوله واول ما روينا وهو انه
المفهوم منه ان يكون اول ذلك الحديث دليلا لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لان آخره مستثنى من اوله
وقد تقرر في علم اصول الفقه ان المذهب الصحيح المختار عند الائمة الحنفية في الاستثناء ان يتكلم بحكم صدر الكلام عن اخراج
المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الا بمجموع المستثنى
والمستثنى منه ويمكن ان يوجه بان قوله وتاويل آخره احل حراما لعينه الى آخره متصل من حيث المعنى بقوله واول ما روينا فحاصل
الكلام ان لنا اول ما روينا مع تاويل آخره فالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التاويل لكن الانصاف ان لفظ اول هنا
مع كونها زائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام وغير ملائم للمقام كما نبهنا عليه فالاولى ان تطرح من البين **قوله**
وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطاء الضرة وحمله على هذا احق لان الحرام المطلق
ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال لعينه وما ذكره غير محتمل اذ الصلح مع الاقرار لا يخلو عن ذلك والصلح يقع على بعض
الحق في العادة فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه
لنفسه قبل الصلح وقد حل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل
العمل بالصلاة وذلك لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق
فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده
فعرفنا ان المراد به ما كان حلالا لا او حراما لعينه انتهى اقول في تقريره خلل اذ لا معنى لقوله لانه لو حمل على الاقرار
خاصة لكان كالصلح على غيره لان الكلام في حمل آخر الحديث على الحرام لعينه خاصة لا في حمله على الصلح على الاقرار خاصة
اذ لا فرق بين الصلح على الاقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير ان يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه او الحلال
لعينه خاصة ولا فرق بينهما في عدم الصحة على تقدير ان يحمل آخره على ما يعم الحرام لغيره وعند الحلال لغيره ايضا فالذي
التاويل الجلي في آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال دون لفظ الصلح فالحق في التقرير ان يقال لانه لو حمل على
ما يعم الحرام والحلال لعينهما ولغير عينهما لكان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتمال على احلال الحرام و
تحريم الحلال ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق بان قال هذا يختص
بالدين لظهور جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به اذ لا يجوز الصلح على بعض الحق في بعض الا بالابراء عن دعوى الباقي
كما سيجيء انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في العين الا بالابراء عن دعوى الباقي
عدم جوازه على بعض الحق في العين اصلا غاية الامر ان يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروطا بالابراء عن دعوى الباقي
على انه ليس كذلك اذ يجوز الصلح على بعض الحق في العين بطريق آخر وهو ان يزيد درهما في بدل الصلح وسيأتي كلام الطريقين
في الكتاب فعلى كليهما يجري قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين ايضا **قوله** ولان هذا صلح بعد دعوى صحيح

صحيحة فيقتضي جوازه الحيلة ودفع الرشوة لدفع الظلم ان جائز هذا دليل على ما ذهب اليه ائمتنا من جواز الصلح مع الانكار والسكوت
ايضا فتضمن الجواب عن دليل الشافعي مذكورا فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع لقطع الخصومة وهذا رشوة قال
الشارح لا يقال لا نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي عم لعن الله الراشي والمرتشي عام لانا نقول هذا الحديث محمول على
ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض لم يغير شرع كما اذا دفع الرشوة ليتقلد القضاء من جهة الوالي او ما اذا دفع الرشوة لدفع
الضرر عن نفسه فجائز لا للدافع انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما
الدليل على انه محمول على ما ذكره غير مجرى على عمومه انتهى اقول الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبيح المحظورات
منه قوله عليه الصلوة والسلام لا اخراج في الدين اذ لا شك ان في دفع الضرر عن نفسه دفع الضرر **قوله** فان
وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الى اخره هذا لفظ القدوري في مختصره
ولما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه كما صرحوا به اراد ان يبين ضابطة يعرف بها انه على اي عقد
يحمل لكنها ليست بتامة لان الصلح عن اقرار قد يقع عن منافع بمال لا بمنفعة كما اذا اوصى لرجل بسكنى داره سنة ثم مات
وادعى الموصى له السكنى فصالحه الورثة عن ذلك على دراهم معينة او على خدمة عبد شهرا او على ركوب دابة شهرا فان كل ذلك
جائز على ما صرحوا به في اول الفصل الآتي مع انه لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقد الاجارة وكذا يقع عن الشيء بمال
ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ايضا كما سيأتي في الكتاب مع انه
ليس بمذكور ايضا في هاتين الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح فلم يفهم من الضابطة
المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بمال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بمال فيكون في معنى
الخلع وليس شيء منهما بداخل ايضا في الضابطة المذكورة ولا مفهوم منها اصلا فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال
استغني عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكره في فصل الآتي عن قريب لانا نقول قد ذكر هناك ما ذكره ههنا ايضا بان قال والصلح
جائز عن دعوى الاموال والمنافع فلا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بمال انما هو فيما اذا وقع
على خلاف جنس المدعى واما فيما اذا وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفا
وان كان باكثر منه فهو فضل وربا صرح به في التبيين وغيره **قوله** والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء
اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا اشار به الى ما ذكره بقوله لان المدعي ياخذ عوضا عن حقه في زعمه اقول
هنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي مطلقا بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وانكر المدعى عليه
او سكت ودفع المدعي الى المدعى عليه شيئا بطريق الصلح واخذ العين كان ذلك الصلح جائزا على ما صرحوا به مع انه في حق المدعي
ليس بمعنى المعاوضة لانه في زعم المدعي ان العين التي ادعاه حقه ولا يتصور ان يعاوض ما انه ملك نفسه بل هو في حق
المدعي في تلك الصورة لقطع الخصومة كما صرحوا به ايضا **قوله** او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي قال صاحب النهاية فان قلت
كيف صورة البراءة قلت هي ان يقول قد برئت عن هذه الدار او يقول قد برئت من دعوى في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى
بعد ذلك وجاء ببينة لا تقبل اما لو قال ابرأتك عن هذه الدار او قال قد ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار فهذا باطل حتى لو

ولو

ولو ان يخاصم فيما بعد ذلك وفرق بين قوله برئت وبين قوله ابرأتك انما ابرء من ضمانه لا من الدعوى وعن هذا قالوا ان
عبدا في يد رجل لو قال لرجل برئت منه كان بريا منه ولو قال ابرأتك منه كان له ان يدعيه وانما ابرأه من ضمانه كذا
في الذخيرة الى هنا كلامه **اقول** فيه نظر اما اولا فلان بيان صورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير
مطابق للمشروح وهو قول المص او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس كذلك لان
مدار عدم صحة الصلح على بعض المدعى في العين بدون الحيلة في تصحيحه بالاخذ الآخرين انما هو عدم صحة البراءة من العين
والا لصح الصلح على ذلك بان كان استيفاء لبعض الحق واسقاطا لبعضه الباقي كما في الصلح على بعض المدعى في الدين فالصورة
الصحيحة المطابقة للمشروح انما هو قوله برئت من دعوى في هذه الدار واما ثانيا فلان قوله فان في قوله ابرأتك انما ابرء
من ضمانه لا من الدعوى فانه يتمشى في قوله ابرأتك عن هذه الدار لا في قوله ابرأتك عن خصومتي هو لا براء من الدعوى وقد صرح
بان قوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار باطل ايضا بخلاف ما قالوا في عبد في يد رجل فان المذكور هناك في جانب الابراء
انما هو قوله الآخر ابرأتك منه لا غير فتبصر **فصل** لما فرغ عن مقدمات الصلح وشرائطه وانواعه شرع في بيان ما يجوز عنه
الصلح وما لا يجوز **قوله** والصلح جائز عن دعوى الاموال هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص في تعليله لانه في معنى
البيع على ما مر اقول ههنا شيء وهو ان قول القدوري والصلح جائز عن دعوى الاموال مطلق يتناول الصلح عن مال بمال والصلح
عن مال بمنفعة فان اجرى على اطلاقه كما هو الظاهر لم يتم في تعليل المص بقوله لانه في معنى البيع على ما مر لظهور ان الصلح عن مال
بمال كما فعله صاحب العناية لزم ان لا يندرج ما كان عن مال بمنفعة في هذا الفصل مع انه مقصود لبيان انواع ما يجوز
عنه الصلح وما لا يجوز فكان تقصيرا من القيد بلا ضرورة لا يقال انما ترك ذكر النوع في هذا الفصل بناء على كونه معلوما
فيما مر لانا نقول ينتقض ذلك بما كان عن مال بمال فانه ايضا كان معلوما فيما مر **قوله** والمنافع بالجر عطف على الاموال
اي وعن دعوى المنافع وهو من تمام لفظ القدوري قال المص في تعليله لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح
اقول لقائل ان يقول يشكل بهذا التعليل ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم
الشهيد في باب الصلح في الوصايا حيث قال فاذا اوصى لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث
من خدمته على دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهرا فهو جائز في القياس
ان لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من احد ببدل وهذا الموجر منهم
لا يصح الا انا نقول بان هذا ليس بتمليك اياه ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظ
الصلح لفظة تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا امكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا
وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط الى هنا كلامه فاذا الموصى له اذا لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها
منها فلم يصح تعليل جواز الصلح عن تلك المنفعة بان المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح ثم **اقول** يمكن ان
يقال ان الموصى له وان لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها حقيقة الا انه يقدر على تمليكها حكما من حيث انه يقدر على اسقاطها
ببدل وقد اشار اليه الامام الاسبيجابي بقوله وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم ففي تعليل المص نوع خفي

المنافع يملك حقيقة بعقد الاجارة كما اذا آجر ملكه فكذا يملكها بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها فعلى هذا يحصل
التوفيق بين كلامي الشيخين قال الامام النسفي في الكافي الصلح جائز عن دعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة
وصية من رب الدار فجحد او اقر به فصالحه الوارث على شيء جاز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح انتهى
وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا ونقل ما ذكره الامام الاسبيجابي والكافي من المخالفة ولعل في جواز الاجارة تفاوتا بين
فليتأمل انتهى اقول المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لان مراد صاحب الكافي هو انه جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالاجارة
كما اذا آجر ملكه فكذا جاز اخذ العوض عن جنس المنافع بالصلح كما اذا صالح عن المنفعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلا وليس
مراده انه كما جاز اخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى يلزم المخالفة ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان ما ذكره الامام
الاسبيجابي في شرح الكافي من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على
دراهم او على سكنى بيت او على خدمة عبد آخر او على ركوب دابة او على لبس ثوب شهر فهو جائز وما ذكره صاحب النهاية نقلا
عن المغني من انه اذا اوصى الرجل لرجل بخدمة عبد سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك
لو صالحه على خدمة عبد آخر يجوز ايضا وكذلك لو صالحه على ركوب دابة شهر او لبس ثوب فهو جائز ايضا انتهى مخالف لما ذكر في كثير من
الكتب المعتبرة فان مدلولهما جواز الصلح على المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين حيث جوز فيهما مصالحة الوارث عن خدمة
عبد على خدمة عبد آخر والمصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فان كان
المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح عن سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا
وموضع المسئلة كتاب الاجارات واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارة ويفسد بما تفسد به انتهى وقال
في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانتا مختلفتي الجنس بان يصالح عن السكنى على خدمة العبد او عن زراعة الارض
او لبس الثياب اما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لاستيجاب المنفعة
بجنسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعتبرات فتدبر
قوله والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن اقول
لقائل ان يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما صرحوا به فما كان حمله على شيء من العقود غير لازم
سيما اذا وقع على ترك دعوى جناية العمد من الجانبين فتأمل قوله وهو بمنزلة النكاح فان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل
واحد منهما مبادلة المال بغير المال قال الشراح في شرح قوله فان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس ههنا اي لا يقال كل ما يصلح
بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملتزم لان الصلح عن دم العمد على اقل من عشرة دراهم صحيح
وان لم يصلح ما دون العشرة صداقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على ان يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن
القصاص صداقا لان كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك
فيكتفى بكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه فيجوز ان يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم
اقول هنا اشكال وهو انه اذا صح ان يكون بدل الصلح في جناية العمد ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم ان لا يصح قول المصنف

اذ كل

اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جناية العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس
بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تفريعا على قول المصنف حتى ان ما صلح مسمى فيه
صلح ههنا فلو صالح عن دم العمد على سكنى دار او خدمة عبد سنة جاز لان المنفعة المعلومة تصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح ولو
صالحه على غلة ابدا او على ما في بطن امته او على غلة نخله سنين معلومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح انتهى
اقول فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على الاشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح
ينافي قولهم بان العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكروا يتبنى على لزوم العكس او التزامه والصواب تعليل
عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه منه غير تعرض لانه لا يصلح صداقا فان جهالته تفسد الصلح فيما يحتاج فيه الى
التسليم والتسلم كما تقرر فيما مر وقد تعسف بعض الفضلاء في توجيه قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم
لكن قال في المحيط اذا صالحه على وصيف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس هذه المسائل ان ما صلح مهرا في النكاح وينصرف
مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتهى والمقصود قوله والا فلا فليتأمل
فان فيه مخالفة امر في الحقيقة لان عند فساد التسمية يصار الى الدية وههنا كلام وذلك ان البعض قالوا لا مخالفة فيه لان عند فساد
التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لانصراف التسمية بجهالة فاحشة وينبغي الوصف ههنا رفعها
سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به وهذا يصلح مهرا في النكاح وهذا امر لا سترة به قوله واما الثاني وهو جناية
الخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع اقول فيه شيء وهو انهم صرحوا بان الصلح اذا كان على جنس ما يستحقه المدعي على
المدعى عليه لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه وسيأتي ذلك في الكتاب ايضا في باب الصلح في الدين
ولا يخفى ان الصلح عن جناية الخطا اذا كان على احد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضي القاضي باحد منها او كان على جنس ما قضى القاضي به
بعد ان قضى باحد مقاديرها بعينه كان من ذلك القبيل فلم يتم الاطلاق في قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل قوله وجه الاول ان يجعل
زيادة في مهرها اي ان يجعل كانه زاد في مهرها ثم خالعها على اصل المهر دون الزيادة فيسقط الاصل دون الزيادة كذا في الكافي
وكثير من الشروح وقال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل معها على الصلح
عن النكاح على حمل العبارة عن ترك النكاح بالمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر انتهى اقول هذا الكلام خال عن التحصيل لان كون الصلح عن
النكاح على حمل العبارة عن ترك النكاح بالمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بلا فرقة مما لا يتصور شرعا
فلا بد ان يجعل ترك النكاح بالفرقة بدل وهي الخلع وما جعل خلعا سقط اصل المهر فلا بد ان يجعل ترك النكاح بلا فرقة
وهي الخلع وما جعل خلعا سقط اصل المهر فلا بد ان يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه قوله ولا يجعل ترك
الدعوى منها فرقة لان الزوج لا يعطي العوض في الفرقة اذ لا يسلم له شيء في هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها فتخلص
من الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح اقول لا نسلم انه يمتنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم له منها اصل المهر اذ لولا
هذه الفرقة لزمه مهرها عند انشاء النكاح فاذا لم يعط الزوج العوض سلم له اصل المهر فما شكل الفرقة التي هي في معنى الخلع
فان قلت يجوز ان يكون مراد المصنف ان الزوج لا يعطي العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما في شرعية [illegible]

هذا المقام حيث قال ينبغي ان هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوضة الفرقة من جانبها على الزوج كالمراة اذا امكنت ابن زوجها لا يجب عليه
شي انتهى ويشير اليه قول صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا شي على الزوج في الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها انتهى
فاذا مال هذا المعنى فقد يرد عليه ايضا ان مجال وقوع الفرقة من جانب المراة انما يمنع اعطا الزوج العوض لو كان هي مستقلة في مباشرة
سبب الفرقة كما اذا امكنت ابن زوجها واما اذا كانت مباشرتها السبب الفرقة بامر الزوج ورضاه كما فيما نحن فيه اذ كان تركها دعوى النكاح
في طلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عن حال ان يترك لها فلا نسلم ان وقوع الفرقة من جانب المراة ح مانع عن اعطا الزوج العوض لا يرى
ان قال رجل لامراته طلقي نفسك او قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فانها اختطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها
في ذلك المجلس لم يبطل مهرها قطعا فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هنالك مانعا عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعا عنه فيما اذا امكنت ابن زوجها
فكذا هنا لا يكون وقوع الفرقة من جانبها مانعا عن لزوم اعطا الزوج العوض فتدبر **قوله** او بعد في شي صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل
وانما يعدل الى القيمة بالقضا الامر قال صاحب العناية وفي كلام المص تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر الدليل المثلي فان وجوب المثل
وعدمه انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي فح يصار اليها انتهى كلامه اقول قد غلط في استخراج هذا المقام
وحمل كلام المص على التسامح من شان ذلك انه زعم ان مراد المص بالمثل في قوله او بعد في شي صورة ومعنى هو المثل الاخذ وهذا غير متصور في
القيميات لان اخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المص بذلك قطعا بل انما مراده حق
تعلق الملك بحيث ان للواجب من الغاصب حقا للمالك مثل المالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القيميات ايضا وان لم يتصور حق الاخذ
الا في المثليات لان وجوب القيميات في الذمة ممكن كالحيوان والثوب في النكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يوضح ما عليه
ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية من انه قال والوجه لابي حنيفة ان هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما فيجوز بالغا ما بلغ كما لو اعتاض
عن الثوب القايم والحيوان القايم حقيقة وانما قلنا انه هذا اعتياض عن الثوب والحيوان حكما لانه لو اجيز قبل القضا فصحيح للمالك مثل
الحيوان الذي المغصوب من جنسه لانه ضمان عدوان فيكون مقيدا بالمثل المشروط كل وجه وهو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنس غيره
الثوب والحيوان نحو المكيلات والموزونات واعيان الحيوان والثوب في الذمة ممكن كما في النكاح والدية الا ان عند الاخذ يصار الى القيمة
ضرورة ان اخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن الا بسابقة التقويم والاخذ والدفع لا يوجهان ذلك معتبر فيما فيه انتهى الى ان قال
ولا ضرورة في الوجوب لان الوجوب بايجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما ادعينا انه لو اعتاض عن الثوب والحيوان فيجوز كيف ما كان
انتهى والعجب من جانب العناية انه بعد النظر الى النهاية وسائر المعتبرات والاطلاع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن
ان يجاب عنه بانه فعل ذلك اشارة الى ان المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضا فقبل ان يقضى بالقيمة فلو كان فيه
ربا يجلان الصلح بعد القضا لان الحق قد انتقل الى القيمة انتهى اقول غرته افيح من زهرة لان المص هنا ليس بصدد بيان المسئلة
حتى يفيد اشارته الى اشتراك المسئلتين في الحكم شيئا بل هو هنا في مقام الاستدلال على قول ابي حنيفة في الصلح عن الثوب المستهلك على
الاكثر من قيمته وانه لم يعد الدليل مخصوصا بالمثلي كما زعم لا يتم المطلوب فيختل الكلام لعدم تمام تقريب المقام فلا يجدي الاشارة الى امر
اجنبي عن المقصود نفعا كما لا يخفى

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال صاحب النهاية لما كان تصرف الانسان لنفسه
اصلا قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلح لان الانسان في العمل لغيره متبرع واقتفى اثره صاحب العناية اقول

ان تقول نعم وهو المراد بالتبرع بالصلح ليس بسديد اذ لو كان المراد بالتبرع بالصلح هنا مجرد التصرف لغيره لكان قول المص والتوكيل به مستدركا
لشمول التبرع بالصلح بمعنى مجرد التصرف لغيره ما حصل بالتوكيل به ايضا فالحق عندي ان المراد بالتبرع بالصلح هنا هو الصلح عن آخر بغير امره
والتوكيل به هو الصلح عنه بامره وكلتا الصورتين مذكورتان في هذا الباب فيسلم ما ذكر في عنوان الباب عن الاستدراك بلا تنبيه وهو ان التوكيل
بالصلح فعل الموكل وهو تصرف في حقه لنفسه فلا يتم وجه التقديم الذي ذكروه بالنظر الى قوله المعنى العنوان والتوكيل به والجواب ان التوكيل المذكور
في العنوان مصدر من المبني للمفعول فيرجع المعنى الى التوكل وهو تصرف للغير فان قلت فلم لم يقل والتوكل به بدل قوله والتوكيل به حتى لا يحتاج الى البيان
بانه مصدر من المبني للمفعول قلت فائدة التعبير عن التوكل بالتوكيل هي الايما الى ان المراد التوكل الحاصل بالتوكيل وهو التوكل بامر الغير الذي هو الوكيل
لا المباشرة بنفسه بدون امر الغير وهو التبرع بالصلح فيندفع به توهم الاستدراك تامل فانه معنى لطيف **قوله** والمال لازم للموكل قال صاحب
معراج الدراية وفي شرح الاقطع المال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غاية البيان اللام في للموكل بمعنى على كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي
فعليها واقتفى اثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للموكل اي على الموكل كما في قوله تعالى وان اسأتم فلها اي فعليها انتهى اقول لا وجه لحمل
اللام في قوله والمال لازم للموكل على معنى على لان الموكل متعلق بلازم وكلمة اللزوم يتعدى بنفسها او بالباء يقال لزمه ولزم به ولا يتعدى
بعلى فلو حمل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم يسمع ذلك فالصحيح اذ يبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون
لتقوية العمل في المعنى والمال اللازم للموكل كما في قال اللام في معمول اسم الفاعل من الافعال المتعدية بانفسها للتقوية العمل شايع في كلام العرب
بخلاف قوله تعالى وان اسأتم فلها لان اللام هو ظاهرها متعلق تعذر كما لا يخفى فيحتاج ان يقدر ما يصلح ان يكون كلمة على صلة له فلا ضير اذ تحمل اللام
هناك على معنى على تامل تقف **قوله** وتاويل المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الى آخره قال
صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التاويل لا اكتفا بتاويل المسئلة وان فيه قيدا آخر وهو ان اذا كان الصلح على الانكار فلا يجب بدل الصلح
على الوكيل شي واذا كان الصلح في المعاوضة لانه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ان رجلا ادعى دارا في يد رجل فصالحه رجل عنه آخر بغير امره
الى ان قال ولا يجب المال على المصالح الا ان يضمنه لان الصلح على الانكار في حق المدعى عليه معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق
بجعل والعفو عن القصاص بعد ذلك بخلاف بيع الاجنبي كالحر في بيع الخلع انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ان هذا ذكر والمصلح لا يكفي
تاويل المسئلة بل لا بد فيه من قيد آخر وهو ان لا يكون الصلح في المعاوضة على الانكار اقول يمكن ان يقال يستغني عنه بما ذكر المص
من قوله اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل بل يلزم الوكيل كما ذكر في جانب المسئلة وفائدة التنبيه
على ان ما ذكره في ابتدا التاويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين انما هو على طريق التمثيل لا
بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك لان تخصيصه بذلك ليس بصحيح لانه قطعا في غيره كالصلح عن جناية العمد فيما دون النفس وعن الصلح
عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيرا محضا كالنكاح والخلع وغيرهما واذا تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الانكار في جواب تلك
المسئلة واذا كان الصلح في المعاوضة اذ لا يتحقق فيما ان الصلح على الانكار في حق المدعى عليه انما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة وانما هو
معاوضة في حق المدعي وانه يجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الانكار في حق المدعى عليه وان كان الصلح في المعاوضة
صلحا عن مال بمال فقد اشار اليه في المبسوط بقوله لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل والعفو عن
القصاص بمال ولا يخفى انه اغنى فيه عن الكافة من قبل المدعى عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر كما باب الصلح

في الدين قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه اقول في كلام
وهو انه كلية ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسلمة واما بالنظر الى قوله وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه فممنوع لان ما وقع عليه
الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه الف درهم جياد فصالح عن ذلك على الف درهم جياد يحمل على استيفاء
عين حقه صرح به في كثير من المعتبرات كالبدائع والتحفة وليس فيه اسقاط شيء قط وعن هذا قال في الوقاية وصلحه على بعض جنس ما له عليه اخذ لبعض
حقه وحط لباقيه لا معاوضة انتهى ويمكن ان يعتذر عنه في الكتاب بانه خارج مخرج العادة فان المعتاد ان يكون الصلح على اقل من المدعى لا على
مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وههنا ينبغي ان يراد في لفظ الرواية قيد آخر وهو ان يقال وكل شيء
وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا امكن حمله على بيع الصرف وهو
معاوضة وان كان من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك ينظر ان كان من جملة لا يبطل الصلح والا فلا الا يرى انه لو كان له عليه الف
درهم سود حالة فصالحه على الف درهم بيض حيث الى اجل لا يجوز في البخية اسم لما هو اجود من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في
هذه الصورة لان هذه مصارفة الى اجل والصرف الى اجل باطل انتهى كلامه اقول فيه بحث لان قوله في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة
يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند اهل الشرع هو ما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة
وهو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كل الامثلة المذكورة في المسائل الاتية في الكتاب وادلتها
المفصلة فيه واما المثال الذي ذكره بقوله الا يرى انه لو كان له عليه الف درهم سود حالة فصالحه على الف بخية الى اجل لا يجوز فبمعزل
عن غير بر لجل لانه ليس مما هو مستحق بعقد المداينة ولا مما يمكن حمله على بيع الصرف اما الاول فلان البخية اجود من السود ففيها زيادة وصف
وهو غير مستحق بعقد المداينة بالسود وانما المستحق به السود لا غير واما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحمل على بيع الصرف كما عرف في نفسه حيث
قال وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى اجل قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه
معاوضة لا فضائه الى الربوا اقول لقائل ان يقول انما يفضي الى الربوا لو جعل المصالح عليه وهو خمسمائة بدلا عن الالف الدين بقضيته نادلها
لا باعيانها فلا افضاء الى الربوا فانهم حملوا الصلح في مثل ذلك على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض في المجلس وجوزوا
والتاجيل فتامل في الجواب قوله ومن له على آخر الف درهم فقال ادّ الي غدا منها خمسمائة على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء قال
صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو بريء في الحال ويجوز ان يكون معناه فادى اليه ذلك غدا فهو بريء من خمسمائة الباقي انتهى اقول لا يذهب على الفطن
فانه لو لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف يأبى المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود الالف عليه يقتضي تحقق البراءة اليه
او لا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني ايضا بانه لا شك ان البراءة الموقوفة على اداء الخمسمائة اليه غدا متحققة اولا وان لم تتحقق
البراءة المقطوعة الا باداء ذلك اليه غدا فيما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح ان يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل
فان نصف الالف قد كان خرج من ملكه خروجا موقوفا على اداء نصف الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان ويحتمل
جعل العود مجازا عن البقاء كما كان فعله بعض الفضلاء فيما لا تقبله الفطرة السليمة قوله الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث
ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة قلت الباء بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قوله بعت هذا بهذا فالمعنى حيث ذكر
اداء الخمسمائة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال

اي في المعنى والا ففي اللفظ دخل كلمة على في الايداء والاداء انتهى لكان حمل الباء على الالصاق فاحق منه الدخول في الاداء فامعن
التلطف فيما ذكرناه مستغنيا عن ذلك قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه قال صاحب العناية في شرحه والاداء
لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفيد به شيئا لم يكن انتهى واعترض عليه
بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة اقول ليس هذا
بشيء لان مراد صاحب العناية انه لم يستفد بالاداء شيء في جانب الدائن والبراءة انما يستفاد في جانب المديون وحد المعاوضة ان يستفيد
كل واحد ما لم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب قوله اولانه متعارف قال صاحب العناية
قوله اولانه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لاحد معنيين اما لوجود المقابلة واما لان مثل هذا الشرط
في الصلح متعارف اقول فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها لما كانت موضوعة للمعاوضة لا يصح حملها على غيرها
ما لم يوجد بينهما علاقة المجاز ولا يخفى ان كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجعل مناسبة بين ما وضع له كلمة على وبين هذا الشرط
حتى يصلح علاقة المجاز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة
للتجوز بعد ان ثبتت العلاقة المصححة لكن الكلام في قوله علة مستقلة لحملها على المجاز وذكره لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجوز كالاول
وليس فليس ثم اقول الاقرب ان يكون قوله اولانه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحيحا لتصرفه وان كان الظاهر من كلام
كثير من الشراح ان يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فيصير كلام المصنف تحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصحيح تصرف
العاقل ولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بيانا للعلاقة المصححة للتجوز ويكون قوله تصحيحا
لتصرفه وقوله اولانه متعارف بيانا للعلة المرجحة للحمل على المجاز بوجهين في شرط اللفظ والمعنى قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان
لا يتعلق به كما في الحوالة قال صاحب العناية قوله كما في الحوالة متعلق بقوله فيفوت بفواته يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت
كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل انتهى اقول لا يخفى على
ذي مسكة ان جعل قوله كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته مع تعلق الجمل الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن
الصواب عند المجال الى ضرح جعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتقيد به وعن هذا
قال صاحب النهاية في شرح قوله كما في الحوالة يعني ان البراءة مما تتقيد كالحوالة على ما عرف مطلقة ومقيدة وقال صاحب
الكافي في تقرير هذا المقام والابراء يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال
عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم ار احدا ذهب الى كون قوله
كما في الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بفواته سوى ما قاله صاحب العناية والعجب منه ان ما صورة من المعنى لا يساعد ما ذهب
اليه بل ينافيه لما في ذلك فانه قال يعني انه لما كان مقيدا بالشرط يفوت بفواته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة
ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسبان جعل قوله
كما في الحوالة متعلقا بقوله والابراء مما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب اليه ان يقال يعني ان الابراء لما كان مقيدا بفوات
الشرط كما في الحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على ان فوات الشيء بفوات الشرط فرع لصحة تقييد ذلك الشيء بالشرط وليس

بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعلق قوله بما في الحوالة بذكره دون أصله فتبصر ترشد **قوله** قال العبد الضعيف وصورة المسألة

على وجوه قال صاحب النهاية أي على وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الإبراء بأداء بعض الدين لا يخلو إما أن

بدأ بالأداء أم لا فإن بدأ به فلا يخلو إما أن يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أم لا فإن لم يذكره فالوجه الأول

وإن ذكره فالوجه الثاني وإن لم يبدأ بالأداء فلا يخلو إما أن يدخل حرف الشرط أم لا فإن لم يدخل فالوجه الرابع وإن دخل فالوجه الخامس انتهى كلامه وهكذا

ذكر وجه الحصر في العناية أيضا نقلا عن صاحب النهاية أقول فيه إشكال أما أولا فلأنه جعل الوجه الثاني قسما مما بدأ بالأداء مع أنه لم يبدأ فيه بالأداء بل

بدأ بالمصالحة وأما ثانيا فلأنه جعل الوجه الرابع قسما مما لم يبدأ بالأداء مع أنه بدأ فيه بالأداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل منهما بنوع عناية أما

عن الأول فبأن يقال إن البدء في الوجه الثاني وإن لم يكن بالأداء صورة إلا أنه كان به معنى لأن حاصل معناه أد إلي غدا خمسمائة على أنك بريء من الألف

وأنت بريء من الفضل على أنك إن لم تدفعها إلي غدا فالألف عليك على حاله فإن بدأ به فيما تم به وجه المسألة هو بيان ذكر ما تركه ههنا

ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه في صاحب العناية بين سائر الوجوه وأما المصالحة فإنما ذكرت فيه بمجرد التفصيل لا الإيضاح

وأما عن الثاني فبأن يقال ليس المراد بالبدء بالأداء في الوجه الرابع بالأداء الموقت بل إنما بدأ فيه بالأداء المطلق فاستقام

التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الإشكال الأول بوجه آخر حيث قال فإن قيل لم يبدأ في الوجه الثاني بالأداء بل بالمصالحة فلا

يجعل قسما مما بدئ فيه بالأداء قلت ذلك مبني على اتحاده مع ما بدئ فيه بالأداء حكما فليتأمل انتهى أقول ليس هذا الجواب بشيء لأن

اتحاده مع ما بدئ فيه بالأداء حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ فيه بالأداء إذ الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات

ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ فيه بالأداء بناء على اتحاده في الحكم مع ما بدئ فيه بالأداء وهو الوجه الأول

لجاز جعل ما لم يذكر فيه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا فلم يبق

لجعل الوجه الأول والوجه الثاني قسمين مستقلين **قوله** بخلاف ما إذا بدأ بالإبراء لأن الإبراء حصل مطلقا فمن حيث

إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا أقول فيه بحث لأن

هذا وإن أفاد الفرق بين الوجهين لكنه ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة ومحمد في الوجه الأول لأنه كما لا يثبت

الإطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد الإبراء بالشرط في ذلك الوجه إذ لم يثبت تقييده بلا ... كما ثبت

الإطلاق ولا في الوجه الثالث حتى يزول الشك بل إن أخذ التقييد هناك فإنما يؤخذ مقارنا للإبراء بالأداء وإن كان الأداء متروكا

بين ما يقتضي الإطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكر ههنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت فقد جزم في التعليل المذكور هناك

في قبلهما يكون الإبراء مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبنى ذلك بالأمر عليه فكان بين الكلامين تناف وليتأمل في التوفيق **فصل**

في الدين المشترك أخرها لأن حكم الدين المشترك من المفرد لأن المركب يتلو المفرد **قوله** والأصل في هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما

شيئا منه فللصاحب أن يشاركه في المقبوض **قال** في النهاية وإنما كان الأخذ مقابلا لنصيبه ولو بالبيع لصاحبه أن يشاركه في المقبوض بل

الخيار للقابض على ما ذكرناه تنصيص رواية المبسوط وإشارة رواية الكتاب انتهى **أقول** فلم يزل أن يقول إذا قبض أحد الشريكين

في الدين شيئا من الدين خالصا لا أخذا ما هو بمقابلة نصيبه وحكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق إفادة الحكم في مسألة ما إذا

قبض أحد الشريكين في الدين شيئا من الدين في مسألة الكتاب فلم يظهر لجعل الأولى أصلا للثانية كما فعله المصنف غير وجه

وإنما يظهر حسن ذلك فيما إذا صالح أحد عمله نصيبه على دراهم ودنانير كما ذكرت هذه الصورة في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك

قوله ولحق المشاركة قال بعض الفضلاء الظاهر إسقاط لفظ الحق فإن المتحقق في الولد والثمرة حقيقتها لا حقها انتهى **قوله**

بل الحق إقحام لفظ الحق لأن الصحيح ولاية المطالبة للشريك الغائب في الدين المشترك لا لأحد الشريكين في كل شيء وليس حقيقة

المشاركة في المقبوض إلا لما نفذ تصرف القابض فيه قبل المشاركة وإنما الحق للمشاركة فيه فلو سقط لفظ الحق ههنا عسى أن يتوهم أن

يكون الحقيقة المشاركة كما في الولد والثمرة فأقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم **قوله** ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين

غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه قال الشراح فأشبه هذا الاستدلال بجواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة

الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر

أقول نعم كذلك لكن يرد عليه أن ولاية تم جوابا عن ذلك السؤال إذا انضاف إلى تقرير أنه ثابت لصاحبه حق المشاركة في المقبوض لا تمنع

... في تعليله لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لا عينه ولا قدره وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه

إنما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور أن يثبت للشريك الساكت

حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا ولا بدلا عنه فتأمل ثم إن هذا مخالف لما ذكر في شرح الإقطع في تعليل قوله إن

شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسألة الكتاب بأن قال لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة

لا تصح وحال الشركة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه عن حقه موقوف على إجازته وأخذ النصف دلالة على إجازة العقد

فتصح ذلك ومجاز فإن ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب لأن حقه في الدين انتهى فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين

في الدين بدلا عن حقيهما معا لا عن حق القابض فقط **قوله** والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين هذا جواب عن سؤال مقدر وهو

أن يقال هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض فكيف يقولون لا سبيل

للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء لم يقع بما هو مشترك بل بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة إذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في

ذمة المشتري والإضافة إلى ما على الغريم من نصيبه عند العقد لا ينافي ذلك لأن النقود عينا كانت أو دينا لا تتعين في العقود

كذا في عامة الشروح قال صاحب النهاية بعد ذلك فإن قيل في هذا الجواب ورد سؤال آخر وهو أن قسمة الدين قبل القبض لا تجوز وفي

المقاصة ههنا الحاصل لزوم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض إنما لا تجوز قصدا أما ضمنا فيجوز وههنا وقعت قسمة

الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسألة الأولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اقتفى أثره صاحب معراج الدراية فقال

صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجوابه بالمقاصة وإذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لأنها

ثبتت في ضمن المعاقدة فلا معتبر بها انتهى أقول في تحرير صاحب العناية قصور فإنه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على

ظهور المقاصة مع أن ذلك التوهم إنما نشأ من المقاصة إذ لو لم تتحقق المقاصة للزوم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء

على الاشتراك فيما أضيف إليه العقد من بعض الدين المشترك فلا يتوهم القسمة قبل القبض أصلا ولهذا أورد بعضهم ورود السؤال

بلزوم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لا احتياج عندي ههنا إلى التشبث بجواز القسمة قبل القبض ضمنا إذ لا

وجه للتوهم المذكور أصلا لأنه لم يكن للشريك الساكت سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بطريق

كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له ان يضمنه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين

قبل القبض ضرورة انه لا سبيل لاحد الشريكين على شيء مما استوفاه الاخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية

دون الضمنية والمتوهم هنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى ان يقال ان قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة ولكنها

جائزة لانا نقول تلك الضرورة ثابتة قطعا في القسمة الصحيحة بعد ان وقعت سواء كانت قصدية او ضمنية فلو لم وقوع قسمة الدين

قبل القبض صحيحة هنا واعترف بصحتها لزم ان لا يكون للشريك الساكت سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة ايضا فلزم

ان لا يضمنه ربع الدين وقد تقرر انه له ان يضمنه ذلك فالمسلك الصحيح ان لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا

ولا ضمنا كما قررناه **قوله** والشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له

حق المشاركة فله ان لا يشاركه اقول فيه كلام وهو انه اذا كان حق الشريك الساكت باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض بكماله

معقول نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة للساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم انه هنا يخالف ما ذكر في غاية

البيان وغيرها في صحة هذه المسائل من الاصل الصحيح المرجح عليه بان يقال الاصل هنا ان الدين المشترك الدين يثبت بسبب

واحد للشريكين اذا قبض احدهما شيئا منه فالمقبوض من النصيبين لانا لو جعلناه من نصيب احدهما لكنا قد قسمنا الدين

حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتاتى فيما في الذمة

ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين ياخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما في يد الاخر وتمليك الدين لغير من

في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان للشريك ان ياخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتامل قال صاحب

الغاية في تعليل قول المصنف فله ان لا يشاركه بل لا ينقطع الرجوع عليه فانه خلف باطل اقول فيه نظر لانه يستلزم ان لا يثبت حق المشاركة

اصلا بل يتعين لعدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا **قوله** ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك

لانه قابض بنصيبه لا مقتضيا اقول فيه شيء وهو انه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وما لا يجوز كما مر عند عقد حتى

تجوز ضمنه كما قالوا في صورة البيع الثمن لانه يجعل نفس المقاصة نوع عقد وشبيه عقد فيجوز قبل القبض في ضمنها ايضا **قوله**

ولو مع عند ما انه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض في ضمنها قال صاحب الغاية في شرح هذا المقام قالوا لا يلزم قسمة الدين قبل

القبض لامتياز احد النصيبين عن الاخر باتصاف احدهما بالحلول والاخر بالتاخير وقسمة الدين قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي

ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وفي ذلك اذ يقول بتاخير البعض حل تميز احد النصيبين عن الاخر او لا فان تميز بطل قولكم

وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطل قولكم لامتياز احد النصيبين عن الاخر بكذا والجواب عنه ان تاخير البعض فيه يستلزم

التمييز بكونه يوجبه فيما يستحيل ذلك فيه نفي قوله لامتياز احد النصيبين لاستلزام التاخير الامتياز فان قيل فعلى

هذا لو ابرا احدهما عن نصيبه وذكر الابراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك اجيب بان القسمة

تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الابراء بوجه فلا قسمة الى هنا كلامه اقول في الجواب الثاني بحث لان عدم

تحقق القسمة في صورة الابراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول

قبل القبض في صورة التاخير لا يستلزمها في صورة الابراء ايضا واما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فان شرك

بين العوضين لان القسمة بما يقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الاخر وتميز بعض الدين عن

غيره غير متصور فلا قسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير كيف ولو امكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فانه لم يتميز

حقيقة القسمة في الدين لا في صورة الابراء ولا في صورة التاخير يتوجه النقض على المدقق بن **قوله** وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال في النهاية

ومعراج الدراية قيل انما قيد بجناية العمد لان في جناية الخطا يرجع وكذا ذكر في الايضاح مطلقا فقال وفي شرح الطالب الطلبة يرجع بنصف الدية على

من يلزمه لشريكه نحو لان الصلح عن العمد بمنزلة النكاح انتهى وقد قال صاحب الغاية بعد ذكرهما فيهما واردات قيل من يلزمه لان الارش في الخطا على العاقلة فلم يكن

مقتضيا لشيء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا يتحمل ما كان يجب بتراضيهما اسقاطها الا ان العاقلة انما لا يتحمل الواجب

الذي يجب بالصلح هو الذي في كتاب الديات لا يكون كذلك الا الصلح عن جناية العمد ثم ان ما رد صاحب الغاية ههنا ان الارش في الخطا لزوم العاقلة بجناية الخطا

ثم تصالح عنه على اعطاء الجاني نفسه اذا وقع الصلح عن نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني في الصلح مقتضيا لشيء اذ الارش عليه لم يجب حتى يكون مقتضيا

له بل العقد لزم العاقلة فاني ما اراده ثم ما ورد في ذلك الرد ثم اقول في كلام فيما قاله صاحب الغاية تاما او لا فلان ما ذكره يدل على ان الصلح هنا عندنا فيكون

فيما يؤدي كما حدهم على ما في كتاب المعاقل فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا لشيء اذ قد كان مقتضيا القدر الذي ان يؤديه مع العاقلة واما ثانيا فلان

ما ذكره انما يقتضي اطلاق الجناية لا تقييدها بالعمد فان الصالح اذا لم يكن مقتضيا لشيء لزم ان لا يرجع شريكه عليه كما في الصلح عن جناية العمد فلم

يظهر التقييد وجه فليتامل **قوله** ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الاخر ففيه انه لو جاز فاما

ان جاز في نصيبه خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض لخصوصية نصيبه لا تظهر الا بالتميز ولا تميز الا

بالقسمة واللازم باطل وان كان الثاني فلا بد من اجازة الاخر لانه ابطل بعض نصيبه اقول فيه نظر لانا لو لا نختار جزءا من الدليل منقوض بسائر الديون

لانه جار فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل ابي يوسف اما اولا فلان قسمة الدين في الذمة

انما لا تجوز اذا كانت قصدا واما اذا كانت ضمنا فيجوز كما صرحوا به في مقدم عن قريب وفي الشق الاول من الترديد المذكور لا يلزم قسمة الدين قبل القبض في

ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم **قوله** ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه

قال صاحب الغاية لما شرح تابع الشرع هو واعترض بان هذا المعنى يوجد في الدين المشترك اذا استوفى احدهما نصفه فان شاركه صاحبه في النصف يرجع المصالح

بذلك على الغريم فيعود الدين بعد سقوطه واجيب بانه قد عاد الدين هناك لانه يقرر القبض لانه بسقوط بالتقاصان ويثبت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه

لان الدين يقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى اقول الاعتراض ان يعود حينئذ لهذا المعنى موجود ايضا في

اذا اشترى عبدا فاصاب احدهما في نصيبه من الفرقة المذكورة في الجواب المزبور لا تمشي فيه لان الاقالة فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في احد الجوابين

ان الفسخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يتجدد السبب في تلك الصورة قطعا فيقتضي الدليل المذكور ههنا ان يكون للاخر عند منع جوازه قوله ولا جواب

لناكره في المتبوع حصول الاقالة في العيب بناء على جواز تفرد احدهما بالرجوع في العيب كما فهم من قول المصنف لانه شراء العبد وهذا لان المسلم فيه ما روينا

بالفسخ والعقد قام بهما فلا ينفرد احدهما ثم بعد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها فتامل تقف

فصل في التخارج

التخارج تفاعل من الخروج ومعناه ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث بشيء معلوم وانما اخره لقلة وقوعه اذ قلما يرضى احد بان يخرج من البين بغير استيفاء

نصيبه او لو قوعه بعد الحياة **قوله** وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر الاشجعية امراة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما على ثمانين الف دينار وقال

في غاية البيان والاصل في جواز التخارج ما روى محمد بن الحسن في الاصل وقال كتاب الصلح عن ابي يوسف عن محمد بن عمرو عن ابي سلمة عن ابي عوف على الحاجي في تخريج كتاب المبسوط

على ان الزوج خارج عن الميراث وقال محمد ايضا حدثنا ابو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس انه قال يتخارج اهل الميراث وكذلك روى الحاكم الشهيد عن عمرو بن دينار
اذ حدثنا عبد العزيز بن عوف صالح الورثة على ثمنه وثمانين الفا على ان تخرج عن الميراث وقد انتبه شمس الائمة السرخسي وعلاء الدين الاسبيجابي في شرحي الكافي فقالا فيه من تخريج
الا ان شمس الائمة السرخسي قال وكان حاضرا كان مطلقها في مرضها خلف الصحابة ثم مات انه ثم صالحوها على الشطر كانت للربع ثمن وولد فحظها الربع
الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا وحسب بهذا الحساب ثلثة وثمانين الفا وقد ذكر بعد الالف مطلقا
ولم يفسر لفظه اسم وعنا نيره قد يكون ثلثه قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر ذكر ان عبد العزيز عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلث قبل الثمانين
الثمانين بالدينار الحصا الفقط غاية البيان وهذا البسط ما ذكره جملة الشروح هنا غير انه ذكر في سائر الشروح انه ذكر في كتب الحديث ثلثة وثمانين الف دينار قوله
ما فكانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة ولا بد ان يكون ما اعطى اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه
من بقية التركة احترازا عن الربا اما اذا كان ما اعطى اقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه يبقى الزيادة في الآخر وخرج من ذلك وغيره خالية عن العوض فتنفذ
تجويز بطريق المعاوضة هنا في الصورتين الرهم البطلان لصحيح تجويز بطريق الابراء عن الباقي ايضا لانه في التركة يعني الابراء عن الاعيان الكائنة في الذخيرة وفي كثير من
شروح هذا الكتاب قوله عدم صحة تجويزه بطريق الابراء عن الباقي مشكل فيه بحث لان الابراء عن نفس الاعيان لا يصح ان كان باطلا الا ان البراءة عن دعوى الاعيان
صحيحة كما صرحوا به وقد صرح الكتاب فلم لا يصح تجويز الصلح على الاقل في المثل فيما نحن فيه بطريق البراءة عن دعوى الباقي وعن هذا قال الفقها على الصحة واجيب بما الحكم
فانه قد صرح الكتاب بانه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في الباقي فما نحن فيه نظير تلك المسئلة
فان لم يصح الصلح هناك فكيف يصح هنا قلت قد مر ايضا في الشروح هناك انه ذكر جواب غير ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح وقد ذكر في الذخيرة وفي
الفتاوى الصغرى فانه ايضا اختلف في جواب ظاهر الرواية وبعض غير ظاهر الرواية في تلك المسئلة حتى لو قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية انه
لا في حق عن الابراء عن الدعوى صحيح ولان كان الابراء عن العين لا يصح واما فيما نحن فيه فللجواب عدم صحة الصلح برواية واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب
فيرد عليه ما اوردنا من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح على مثل نصيبه من الدراهم وعلى اكثر من نصيبه من الدراهم حالة التصادق هنا اما
حالة التناكر فالصلح جائز لانه في حالة التناكر المعطي يعطي المال لقطع المنازعة وتعويضه يعتبر فلا يتمكن كذا في الذخيرة والتتمة وتحل عنهما في النهاية
ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه الكافي الحاكم الشهيد قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل
من نصيبه من العين في حالة التصادق واما في حالة التناكر فالصلح جائز لانه لم يكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال الاسبيجابي في الصحيح انه
بالجواب في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا انتهى كلامه ويحكى اعتراض على ما في غاية البيان وقال الامام فخر الدين
قاضيخان في فتاواه وقال الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من حصته من الدراهم في حالة التصادق اما في حالة الجحود والتناكر يجوز الصلح وفي الصحيح
انه في حالة الانكار ما يعطيه لا يكون بدلا في حق الآخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه اقول في الجواب الذي ذكره قاضيخان اشكال لانه عدم كون المعوض بدلا
في حق الدافع ظاهر لكن لما عدم كونه كذلك بدلا في حق الآخذ فممتنع فانه يلزم ان لا يكون المأخوذ بدلا في حق الآخذ ايضا لا يمكن تصحيح هذا الصلح
بوجه الحمل على المعاوضة كحمل على اخذ بعض الحق في قدر المأخوذ وعلى اسقاط الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين باقل من جنسه قلت الكلام في الصلح عن اعيان التركة
والابراء عن الاعيان باطل على ما صرحوا به فلا يمكن تصحيح هذا الصلح في حالة التناكر بحمله على اخذ بعض الحق واسقاط بعضه الآخر لكن
تصحيحه في حالة التصادق ايضا بذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعا وقد اجمعوا على عدم امكان تصحيحه
اصلا في حالة التصادق نعم لنا الكلام في هذا المقام بانه لم يجوز تصحيح هذا الصلح في الحالتين معا بحمله على البراءة عن دعوى

الباقي

بانه يبطل ما زاد على قدر نصيبه لانه ربا
ويكون في ذلك الصلح فاسدا

الباقي من اعيان التركة لا عن نفس تلك الاعيان والباطل هو الثاني دون الاول كما قررناه من قبل قوله وفي الوجهين
ضرر بقية الورثة لعدم رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح اما في الوجه
الاول فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزم النقد عليهم بمقابلة الدين الذي هو في ذمة النسيئة
والنقد خير من النسيئة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الاول عن الكفاية هذا هو الحق لان ما رأى
الشراح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية اذ لا نسيئة عند التبرع فليتأمل انتهى اقول قد يكون
التبرع في نفس الامر بان يعطيه في الحال عند عدم وجوب اعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي ان يأخذ منه او بدله في الاجل فلما
كان قول المص في الوجه الثاني متبرعين محتملا لكل واحد من صورتي التبرع حمله بعض الشراح على الصورة الاولى لتبادر كل
نفس ضرر بقية الورثة في الوجهين بعدم رجوعهم على الغرماء وحمله اكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها
وتفاحش الضرر في الصورة الاولى ففسروا الضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم اذ لا نسيئة
عند التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم ان صدر الشريعة حمل معنى الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه اكثر
شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية اذ بقية الورثة يؤدون الى المصالح نصيبه نقدا ويحيل لهم خصم من الدين على الغرماء وفي هذا
الوجه تضرر بقية الورثة لان النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الاول صاحب الهداية وشراح كتابه
قاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الاولى انه يشترط لان يبرئ المصالح الغرماء عن حصته
من الدين ويصالح عن اعيان التركة بمال وفي هذا الوجه فائدة بقية الورثة لان المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لا
ان حصته تصير لهم انتهى كلامه اقول فيه بحث لان ما ذكره انما يفيد ثبوت الفائدة للغرماء لا لبقية الورثة
فان قيل اذا لم يبق للمصالح على الغرماء حق سهل للغرماء اداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة
لبقية الورثة قلنا ان حصل لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة ان حصة المصالح لا تصير لهم
فقوله لا ان حصته لهم حجة عليه لا له فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح
زاد في الطنبور نغمة حيث قال وفي هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر لسائر الورثة حيث لا يمكنهم الرجوع على الغرماء
بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان ذلك الضرر يجبر بهذا النفع
تعالى في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور ولم يعتبر النفع ولصدر الشريعة حيث
عكس اقول فيه ايضا بحث اذ لا يخفى على الفطن ان عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب
المصالح وضياع ذلك القدر من مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا ينجبر بمجرد ان لا يبقى للمصالح حق على
الغرماء فان النفع فيه لسائر الورثة امر وهمي من جهة تأديته الى سهولة اداء الغرماء حصص باقي الورثة
فاين هذا من ذلك فالحق ما ذكره صاحب الهداية قوله ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة
والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربا بان يكون هناك في التركة مكيل او
موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا اقول فيه خلل لان نصيبه

من ذلكما فان كان اقل من بدل الصلح لا يلزم الربوا اذ يكون نصيبه من ذلك مع بمثله من بدل الصلح ويكون زيادة مقابلة بحقه من بقية التركة
كما في الكتاب فيما اذا كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه
من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن الربوا فالحق في البيان هنا ان يقال بانه ان كان في التركة مكيل او
موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اكثر ولهذا اضاف صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربوا بقوله لانه يجوز ان يكون
في التركة مكيل او موزون وبدل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك او اقل لانه ما اخذ على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون ربوا انتهى فان عكس
القلة في جانب بدل الصلح لا في جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما عبر به الاخرون وقال صاحب الكافي ايضا تنبيه لما ذكرناه من الخلل
فاكتفى بذكر المثل حيث قال في تعليل هذا القول لاحتمال ان يكون في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون
ربوا انتهى فافهم اثر صاحب الدراية ولكن اوجز عبارته بما ذكره قيدا في الكثر كما نبهنا عليه انفا الا انه قيد توسيع دائرة احتمال الربوا كما لا يخفى

قوله وقيل يجوز لان الشبهة احتمال ان لا يكون في التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ
او اقل فصار شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وهو هذا الذي ذكره في الذخيرة وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول
صاحب العناية فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر او اقل فيه بحث اقول لعل مراده بالبحث انه على تقدير ان يكون نصيبه اقل مما اخذ
لا يلزم الربوا لما بينا فيما مر فلا وجه لذكره في اثناء بيان احتمال الربوا لكنه ساقط هنا لان مراد صاحب العناية وغيره فيحتمل ان يكون
نصيبه من ذلك اكثر فيلزم الربوا او اقل فلا يلزم الربوا لانه على تقدير يلزم الربوا فانهم بصدد بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة
فلا بد لهم من بيان احتمال ان لا يكون في التركة شيء من ذلك الجنس فان هذا الاحتمال احتمال الجانب الصحيح قطعا كما في الاحتمال
مقصود او على جانب الفساد فكان اللازم حقيقة الربوا لا شبهة الربوا فضلا عن شبهة شبهة تامل تقف ثم اعلم انه ما لم يجب الاصلاح والايضاح
بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولقائل ان يقول الحق الجواب التفصيل بان يقال ان كان في التركة جنس بدل
الصلح لا يجوز وان لم يكن يجوز وان لم يدر حال التركة ففيه الاختلاف انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه لا احتياج هنا
الى ذكر هذا التفصيل اصلا اذ الشقان الاولان منه تفصيل قد استغني عنهما بالمسئلتين المذكورتين سابقا على الاختلاف
احديهما قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة الى اخره واخريهما قوله في اول الفصل واذا
كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه
او كثيرا واما ثانيا فلان التفصيل الذي ذكره لا يخلو عن اختلال لان قوله ان كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح
على اطلاقه فانه اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما اعطوه اكثر من قدر نصيبه من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعا
كما مر مفصلا ومعللا وكذا اذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم معيبة وكان بدل الصلح دراهم جيدة ينبغي
ان يجوز الصلح قطعا كما مر بيانا مستوفى واما ثالثا فلان مسئلتنا هذه لا يقبل التفصيل المذكور جدا وقد اعتبر فيها كون اعيان
التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل
لا يجوز وقيل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متون الكتاب المتداولة في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركة جهلت على مكيل او موزون
اختلاف انتهى فكيف يتمشى فيها التفصيل المذكور نعم يمكن حصره في الشق الثالث من ... ما لم يدر حال التركة ففيه الاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتبرة وعامة ...

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في اول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة
من ضرب في الارض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله يعني الذين
يسافرون في الارض للتجارة وسمي هذا العقد بها لان المضارب يسير في الارض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة
عبارة عن عقد على الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الاخر كما سيأتي في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن
يحذو حذوه هي في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرطا اقول
فيه فتور اذ الظاهر ان المضاربة في الشريعة ليس نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك او معه وركنها
الايجاب والقبول بالفاظ تدل عليها مثل ان يقول رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او مقارضة
او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان ما رزق الله فهو بيننا على كذا ويقول المضارب قبلت او ما يؤدي
هذا المعنى وشروطها كثيرة تذكر في اثناء المسائل قال في العناية وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد
بفواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك انتهى اقول فيه قصور لان الشروط
الفاسدة ايضا نوعان نوع يفسد العقد ايضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه هنا في النهاية
وسيأتي التصريح به في الكتاب ايضا وعبارة العناية تشعر بانحصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منهما
فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما اشير اليه في المبسوط والذخيرة والتحفة
وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح اقول فيه خلل اما اولا
فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعتبرات حتى المتون
الا ترى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع اولا وتوكيل عند عمله وشركة ان ربح واما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع عند
بيان حكمها وهو حكم لها ايضا يثبت بها اولا على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي والكفاية وحكمها انواع
ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب اقول فيه ايضا خلل لان الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة و
معنى الغصب انما يتحقق اذا خالف المضارب فكان متعديا كما سيأتي وكلا الامرين ناقض لعقد المضاربة
مناف لصحتها فكيف يصح ان يجعل الاجارة والغصب حكما من احكامها وحكم الشيء ما يثبت به والذي يثبت بما ينافيه
لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم تصلحا ان تجعلا حكما للمضاربة الصحيحة الا انهما
تصلحان ان تجعلا حكما للمضاربة الفاسدة فمن ادرجهما في احكام المضاربة يريد باحكامها احكام مطلق المضاربة
صحيحة كانت او فاسدة لانا نقول لا شك ان ما ذكر في تعريفها من ركنها وشرطها وغيرهما انما يراد به ما كان
للمضاربة الصحيحة لا غير فحكمها ايضا لا بد ان يكون كذلك ولئن سلم صحة التعميم للمضاربة الفاسدة
ايضا في الاحكام فالغصب ليس من احكام المضاربة الفاسدة ايضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به
في البدائع بل في الكتاب ايضا فيما سيجيء ان يكون للعامل اجر مثل عمله ولا شك ان ليس للغاصب اجر قط لكونه متعديا
فلا مجال لجعل الغصب من احكام المضاربة في شيء **قوله** لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله قال

الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر
ربح لا يستحق شيئا انتهى قوله ليس هذا بشيء لان الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى
ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه وعمله ووظيفة السبب مجرد الايصال والافضاء
الى المسبب في الجملة لا التاثير فيه وانما التاثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك كله في الاصول
فتخلف استحقاق الربح عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الربح لا يخل بصحة الكلام المذكور
اصلا قوله ولو دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة قال صاحب النهاية في بيان التعليل اي لان عقد المضاربة
مشتمل على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة قابلا للاضافة الى زمان في
المستقبل فيجب ان يكون المشتمل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل ايضا
لئلا يخالف الكل الجزء انتهى واقتفى صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء او
الاجازة بالزاء اقول فيه بحث اما اولا فلان المضاربة ما لم تفسد لم تصر اجارة بالراء كما صرحوا
به ومر في الكتاب آنفا فالمدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة
لا تشتمل على الاجارة بالراء اصلا بل تنافيها قطعا فلا معنى لدرجها في تعليل صحة عقد المضاربة
في الصورة المزبورة واما ثانيا فلان لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع فانا نعلم قطعا مخالفة الكل
لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام الا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لا زوج
والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة
والاجارة ايضا متحققة قطعا في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الربح ولا يشترك فيه مع
الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولا يستحق الربح
والمضارب على العكس الى غير ذلك واما ثالثا فلان الوكالة والاجارة لا تحتملان الجزئية من المضاربة
اما الوكالة فلانهم تفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولا شك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب عليه
لا ركن داخل فيه واما الاجارة فلانها ايضا حكم من احكامها على ما ذكره البعض عن قريب منا فالحق انهما
لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كلا التقديرين لا تصلح الجزئية منهما فحديث الجزئية في تمشية التعليل
المزبور مما لا وجه له ولم ار احدا حام حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تمشية ذلك تقرير صاحب
الكافي حيث قال لانه لم يضف المضاربة الى العرض وانما اضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة
به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز لانه وكالة او وديعة او اجارة وليس في شيء من ذلك ما يمنع
صحة الاضافة الى زمان في المستقبل انتهى نعم فيه ايضا شيء كما مر وهو ان المضاربة انما تصير اجارة
بعد فسادها لا في حال صحتها فلا معنى لدرج الاجارة في تعليل صحتها في الصورة المزبورة الكلهم

الآن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كانه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان في
المستقبل لا في حال صحته ولا بعد فساده فتامل ثم اقول بقي ههنا بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا
على ان المضاربة ايداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الربح وقد صرحوا في محله بان ما لا يصح اضافته الى زمان
في المستقبل تسعة وعدوا منها الشركة فاذا لم يصح اضافة الشركة الى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما
يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشركة فينبغي ان لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع
اذ لا ريب ان ارتفاع منع امور لا يجدي عند تحقق مانع آخر قوله لان عند ابي يوسف رحمه الله لا يصح هذا
التوكيل على ما مر في البيوع واذا لم يصح هذا التوكيل كان المشترى للمشتري والدين بحاله فكان راس مال المضاربة
من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء الاظهر ان يقال اذا لم يصح التوكيل
لم يصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل انتهى اقول قد مر منا ان حديث كون الوكالة
جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بان الوكالة حكم من احكام المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت
عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال لان تكون جزءا منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة
في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل عند ابي يوسف من المصير الى ما ذكره صاحبا العناية والنهاية نعم
انهما قالوا ايضا بجزئية الوكالة من المضاربة فيما مر ولكنهما اصابا في ترك ذلك ههنا قوله فان شرط
زيادة عشرة فله اجر مثله ذهب عامة الشراح الى ان هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والفاء في قوله فان
شرط للتفسير وزيادة عشرة اي على ما شرطا كالنصف والثلث فله اي فللعامل اقول فيه نظر لان
هذه المسئلة التي هي مسئلة الجامع الصغير لا تصلح ان تكون تفسيرا للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر
القدوري لوجهين احدهما ان المسئلة الاولى اعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما
يتمشى في صور متعددة مذكورة في معتبرات الفتاوى كالبدائع والذخيرة وغيرهما منها ان شرطا لاحدهما
مائة درهم من الربح اي اقل او اكثر والباقي للآخر ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه الا عشرة
دراهم ومنها ان شرطا لاحدهما نصف الربح او ثلثه وزيادة عشرة وفي كل ذلك تفسد المضاربة بناء على
ان كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لانه ربما لا يربح الا القدر المسمى او اقل كما صرحوا
به واما اشتراط زيادة عشرة فانما يتمشى في صورة ثالثة من الصور المذكورة فكيف يكون الاخص تفسيرا
للاعم وثانيهما ان حكم المسئلة الثانية وجوب اجر المثل للعامل فكيف يتصور ان يكون احد المتخالفين
في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندي ان الفاء في قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع والمقصود بالمسئلة
الاولى بيان ان عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين وبالثانية بيان
ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب اجر المثل للعامل فكانه قال اذا عرفت فساد عقد المضاربة باشتراط
دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب اجر المثل للعامل الا انه

ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير على سبيل التمثيل
لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف لا يغير المسئلة التي اخذها من الجامع الصغير او من مختصر القدوري
ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة المذكورة بان قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو
الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة **قوله** وعن ابي يوسف انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة
مع انها فوقها فان قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوي لابي يوسف رحمه الله
فان العقد الفاسد يؤخذ حكمه ابدا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو ان
الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة
تنعقد شركة لا اجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر
عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله اجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وغيرهما ان صاحب النهاية
الى المبسوط اقول مقتضى هذا الجواب ان لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في
شيء من الاحكام مع انهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف
متصلا بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة
نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر ما لا حاجة الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المص ايضا بقوله ولانه
عين مستاجرة في يده لكن الكلام في جعلهم اعتبارها بالمضاربة الصحيحة دليلا مستقلا عليه كما هو الظاهر
من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فتامل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة
الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة بانه يخالف ما اسلفه من ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة
اقول انما يخالف ذلك ان لو كان مراده بما اسلفه ان عقد المضاربة مشتمل حال صحته على التوكيل
والاجارة معا واما اذا كان مراده بذلك ان عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعد
فساده فلا يخالف ما ذكر بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقا لما صرحوا به **قوله** ولانه عين
مستاجرة في يده وفي بعض النسخ عين مستاجر يعني ان رب المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غير
فلا يضمن كاجير الوحد كذا في الشروح وقال بعض الفضلاء فيكون مستاجرة في قول المصنف مستاجرة
منه تجوزت على غير منهجها وهو من قبيل سيل مفعم ولعل هذا اولى انتهى اقول فيه ان قولهم سيل مفعم
مما بني للمفعول واسند الى الفاعل اذ المفعم اسم مفعول من افعمت الاناء ملأته وقد اسند الى الفاعل
لان السيل هو المالئ لا المملو بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستيجار قطعا كما انه
ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا ان يكون مراده بقوله وهو من قبيل سيل مفعم انه هو
من قبيل الاسناد المجازي مطلقا لا انه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه بعينه فيجوز كما اشار اليه
تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال المستاجر في الحقيقة انما هو المضارب لكن سمى العين مستاجرا

العمل المضارب فيه انتهى ثم ان جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير
الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يؤاجر نفسه في ذلك الوقت لآخر وقال صاحبا العناية والنهاية منهم
في تعليل ذلك لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لاجير
الوحد ان يؤجر نفسه لمستاجرين في الوقت الواحد انتهى اقول فيه بحث لانه ان اريد بالعين الواحد في قولهما
لان العين الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم
ان نفسه لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في الوقت الواحد لان الاجارة اذا كانت عقدا على العمل
لا على المنفعة يجوز ان يكون شخص واحد مستاجرا لكثير من المستاجرين في وقت واحد كالقصار وراعي
الغنم للعلامة ونحوهما من الاجير المشترك لامكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد
المضاربة على العمل من المضارب فجاز ان يكون مستاجرا لاكثر من واحد بخلاف اجير الوحد فان الاجارة فيه
كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على ان يؤجر نفسه لآخر في الوقت الواحد على ما تقرر في محله وان اريد
بالعين الواحد في قولهما المزبور رأس المال فنسلم ان ذلك لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في وقت واحد
اي ان يكون في يد كل واحد منهما يعملان به في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي ان يكون المضارب بمنزلة اجير
الوحد لجريان هذا المعنى في كل اجير مشترك فان ما يعمل به من الاعيان لا يتصور ان يكون في يده وفي يد غيره
على الاستقلال في الوقت الواحد لامتناع وقوع شيء واحد في محلين مختلفين في وقت واحد فلا يتم
التقريب **قوله** وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة
لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب قال في النهاية فان قلت هذا الكلي منقوض
بما ذكر بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فان هذا الشرط داخل تحت ذلك
الكلي لان هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك افسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي ان
لا يفسد المضاربة لانه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك الا انه يحتمل ان يريد بقوله وغير ذلك
من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد واما اذا كان شرطا يمنع موجب العقد
يفسد العقد لان العقد انما شرع لاثبات موجبه انتهى اقول هذا الجواب لا يشفي العليل ولا يجدي
طائلا لان كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع انه مجرد احتمال محض لا يدل
عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام اذ المقصود ههنا بيان اصل ينضبط به احوال
الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير ان يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب
العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجا عن قسمي هذا الاصل فلا يتحقق
الانضباط فلا يتم المقصود واجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل
على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة

والجواب انه تعالى وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها اى المضاربة واذا شرط العمل على رب
المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشئ عن المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس ببصير فقوله
بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه اقول
مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا في نفسه الا انه مفسد لمعنى المقام لان معنى القسم الثاني من الاصل
المذكور على ما صرحوا به هو ان غير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد
اشار اليه المص بقوله كاشتراط الوضيعة على المضارب فان الشرط هنالك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان
اعترف به صاحب العناية ايضا حيث قال اولا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها لا يبطل في نفسه
وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك باصل جملي فقال كل شرط يوجب جهالة في الربح الى آخره ولا شك
ان المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى **قوله** واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع
ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع فسر اكثر الشراح المضاربة المطلقة هنا بان لا تكون مقيدة
بزمان ولا مكان اقول هذا تقصير منهم جدا لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت
مقيدة بسلعة بعينها او كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز
للمضارب ان يتجاوزها كما سيأتي وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة هنا اي غير مقيدة
بالمكان والزمان والسلعة اقول فيه ايضا نوع تقصير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان
بعينه في هذا التفسير ايضا مع انها ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما سيأتي في الكتاب فالاولى في
تفسيرها ان يقال هي ما لم تتقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن
هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة
وله ان يشتري بها ما بدا له من سائر التجارات وله ان يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى **قوله** ولا يضارب
الا ان يأذن له رب المال او يقول له اعمل برأيك لان الشئ لا يتضمن مثله قال صاحب العناية ولا يرد
جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر والاعارة للمستعير فيما لم يختلف
باختلاف المستعملين فانها امثال لما يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا
والوكالة ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه
اقول الظاهر ان قوله لان المضاربة تضمنت الامانة الى آخره تعليل لقوله ولا يرد جواز اذن
المأذون الى آخره لكنه منظور فيه لان حاصله اقامة دليل آخر على عدم جواز ان يضارب المضارب
غيره تتضمن المضاربة الامانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الايداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود
النقض بالصور المزبورة على الدليل المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشئ لا يتضمن مثله فلا يتم
التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من ان الكلام في التصرف نيابة وهؤلاء

يتصرفون بحكم المالكية اما المأذون فلان الاذن فك الحجر ثم بعد ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية واما
المكاتب فلانه صار حرا يدا واما المستأجر والمستعير فلانهما ملكا المنفعة **قوله** ورجع المال مضاربة على
حاله قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا
بالتجديد اجيب بانه على حقيقة الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء والغرض
خلافه وانما قال رجع بناء على انه صار على شرف الزوال واما على رواية المبسوط فانها زالت زوالا موقوفا
منه بنفس الاخراج انتهى اقول قوله لانه على رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء مخالف
لما حققه المصنف وغيره فيما سيأتي من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لاصل وجوبه
وانما وجوبه بنفس الاخراج اذ به يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير ايضا فالحق في الجواب
ان يكتفي بان يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذي عينه رب
المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى اصلها والعقد انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا مقطوعا غير
موقوف على شئ **قوله** الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية
اليه قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في الذخيرة انه لو قال بع بالنسيئة ولا تبع
بالنقد او على العكس حيث لو باع بالنقد او بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيئة
لا يتفاوت قلنا هذا مخالفة بالخير فلا يكون مخالفة خلافا لزفر وهذا كما لو وكله بان يبيع عبده بالف فباعه بالفين
يجوز عندنا خلافا لزفر لانه مخالفة بالخير انتهى اقول في كل واحد من السؤال والجواب خبط اما في الاول
فلان قوله او على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب
فيه لا في الذخيرة ولا في شئ من الكتب المعتبرة واما في الثاني فلان قوله هذا مخالفة بالخير مما لا يكاد
يصح في العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخير فيما اذا كان السعر
بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخير ايضا وهذا
ظاهر جدا فالصواب ان يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره **قوله** ومعنى التخصيص ان
يقول على ان تعمل كذا او في مكان كذا الى آخره يعني ان معنى التخصيص يحصل بان يقول كذا وكذا اي بهذه
الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجملة ذلك على ما قيل
ثمانية ستة تفيد التخصيص فتعتبر شرطا واثنان منها لا يفيده فيعتبر مشورة والضابط التمييز
ما يفيد التخصيص عما لا يفيده هو ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يصح التلفظ به ابتداء
ويصح متعلقا بما قبله يجعل متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقيبها ما يصح الابتداء به لا يجعل متعلقا
بما قبله لانتفاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكر هنا في جملة الشروح والكافي اقول فيه شئ وهو انهم
اتفقوا على ان قول رب المال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة بدفع تعمل وبجزمه من تلك الالفاظ الستة

التي تفيد التخصيص مع انه يصح الابتداء بتعل مرفوعا على ان يجعل كلاهما مستانفا كما يصح الابتداء
بالفظين الذين حصر فيهما ما يصح الابتداء في باب المضاربة وهما قوله واعل به بالواو وقوله اعل به
بغير الواو فعلى مقتضى الضابط المذكور ينبغي ان يكون قوله تعل به في الكوفة بالرفع مما لا يفيد التخصيص ايضا
فتامل **قوله** اما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير
بمنزلة المشورة فان قيل لماذا لم يجعل الواو للحال كما في قوله اد الي الفا وانت حر قلنا لا غير صالح للحال ههنا
لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وعامة الشروح اقول يتقض هذا
الجواب بما اذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فانهم جعلوا قوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصيص وقد
صرح في النهاية ومعراج الدراية بان قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة
التي ذكروها في الجواب المزبور لعدم صلاحية قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ
جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم ان لا يصح الحال ايضا فان قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى
محلقين رؤسكم ومقصرين يريد ان يقال لم لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنحسم مادة الاشكال
بذلك الجواب ثم اقول الجواب التام عن اصل السؤال الحاسم مادة الاشكال ان يقال ان قوله واعمل به بالكوفة
جملة انشائية وقد تقرر في العلوم العربية ان الجمل الانشائية لا تصلح ان تقع حالا سواء كانت مع الواو
او بدونها وهذا مع وضوحه جدا كيف خفي على الشراح حتى تركوه وتشبثوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني
قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد ان ذكره ايضا بانه لم لا يجوز ان يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا
منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤسكم ولم يزد على هذا شيئا فهو ايضا غفل عن عدم صلاحية الجمل الانشائية لان
تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما اورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال
وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فكانه ايضا غافل عن عدم صلاحيته لذلك لان يقع حالا **قوله** والمدعي
موسر قال الشراح وانما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب
وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف باليسار والاعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب
اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن انتهى كلامهم اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان القيد المذكور لا ينفي
الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما اذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر
من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المص فيما سياتي بقوله ولا يغرم لرب المال
شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا
ضمان اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد انتهى فالظاهر في تقرير فائدة القيد المذكور ان يقال
انه انما قيد به تنبيها على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة اعساره فانه
اذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلان لا يجب ذلك عليه في حالة اعساره اولى بخلاف ما لو ذكر

الكلام غير مقيد بذلك فانه يحتمل ان يكون محمولا على حالة اعساره فقط **قوله** ويستسعيه
في الف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى له
في هذا المقدار قال في الكافي فان قيل لماذا لا تجعل الامة رأس المال وجميع الولد ربحا قلنا لان ما يجب
على الولد من السعاية من جنس رأس المال والامة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعاية لرأس المال
اولى انتهى واقتفى اثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر
السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لانا اذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاد وجبت
قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال انتهى اقول نظره ساقط جدا لانا لو جعلنا الجارية رأس المال
لم تعتق بالاستيلاد لان من شرطه كون ضالتها ولد المضارب بان يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير ان تجعل
هي رأس المال تكون مملوكة لرب المال دون المضارب فلا تصير ام ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على
المضارب فلا تتحقق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فاورد النظر المزبور على
الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال
في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء متقدم لان الولد اصل في الدعوة والحرية والام تبعه وينبغي
ان يكون مراد المجيب هذا انتهى اقول الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح ان يكون جوابا
عن اصل السؤال كما اشار اليه المص بقوله لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء
ظهر ان الجارية كلها ربح فتكون بينهما انتهى الا انه لا يصلح ان يكون مرادا للمجيب بالجواب الذي هو محل النظر اذ لو
كان مراده هذا لما ترك ذكره بالكلية وتشبث بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في تمشية هذا الجواب
اذ التقدم في الاستسعاء والاستيفاء امر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس المال
دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا بد في رد هذا الجواب وانما الدافع القاطع
له ما حققناه من قبل ثم ان الشارح العيني بعد ان ذكر اصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد
ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نقلا عنه قال قلت الولد راجحها فترجح بسبب ظهور الربح
من جهته انتهى اقول لا ارى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال
هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل المناسب لظهور الربح من جهته ان يكون الالف المأخوذ منه
ايضا من الربح تامل **باب المضارب يضارب**
لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتلو الاولى ابدا فكذا بيان حكمها
كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندي وذكر فيهما وجه آخر ايضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة
المضارب مركبة والمركب يتلو المفرد ابدا واختاره صاحبا الغاية والعناية اقول فيه تعسف لان مضاربة
المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا انها مفردة ايضا غير مركبة من المضاربتين قطعا الا يرى

ان الثاني ابدا يتلو الاول ولكنه ليس بمركب منهما الاول لعين نفسه قطعا واما المركب منهما فالاثنان نعم ان
مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى جاز ان يحصل من مجموعهما امر مركب في العقل لكنه ليس بمدار الحكم
في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب قوله وبعده ابضاع قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر
ان يقول توكيل كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي انتهى اقول ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه هنا بانه
ابضاع انما هو الدفع لا عقد المضاربة والذي ينافي الابضاع ويلائم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع
نفسه فانه انما يلائم الايداع قبل العمل والابضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل
الى الغير وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى واما في شرح الكنز للعلامة
الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بانه توكيل فانه قال في وجه المروي عن ابي حنيفة ان العقد المجرد لا يوجب
الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه ابداع وهو يملكه وكذلك
ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بيناه من قبل انتهى ولا يخفى ان المفهوم منها ان المضارب وكيل لا ان الدفع
نفسه توكيل ولا كلام في ان المضارب وكيل بحكم عقد المضاربة واما انه وكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به احد
قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة قال في النهاية ومعراج الدراية اي الضمان عليهما عند الربح او
العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة صحيحة وقال في العناية وشرح العيني اي وجوب الضمان
على الاول او عليهما بالربح او العمل على ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة اقول لا يحتمل ان يكون المشار اليه
بهذا هنا وجوب الضمان عليهما اي على المضارب الاول والثاني بل يكون المشار اليه هنا هو الضمان على الاول
متعينا لان المذكور في الكتاب بصريحه ضمان الاول لا غير ولم يتعرض المصنف الى الآن لشيء يشعر بضمان الثاني ايضا فكيف
يصح ان تجعل كلمة هذا هنا اشارة الى الضمان عليهما وشأن اسم الاشارة ان يشار به الى المحسوس المشاهد او
ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرف في محله ووجوب الضمان على الثاني مما لم يشم رائحته قط الى الآن
فضلا عن ان يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على ان الشيخ هنا بصدد بيان ما ذكر في الكتاب بضمان الاول لرب
المال اعلم ان الثاني هل يضمن ايضا ام لا فبينه بعد منفصلا بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني
الى آخره فمن جهتنا بمعزل عنه قوله لانه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به
فصار كما اذا دفع مال نفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل انما يتمشى على قول زفر لان تحقق المخالفة
بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند ابي يوسف ومحمد رح لا يتحقق المخالفة بالدفع ما لم يعمل وعند ابي حنيفة
رحمه لا يتحقق بالدفع ولا بالعمل ما لم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الاتم بالبيان والتعليل هنا قول ابي حنيفة
لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهما لكونه ظاهر الرواية فلا ينبغي ان يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر
فليتأمل في التوجيه **فصل** قوله واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال
ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في التقييد

بعيد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم في عبد المضارب
كذلك ايضا ونقل عن الذخيرة والمغني تفصيلا يدل على ذلك وقال صاحب معراج الدراية التقييد
بعبد رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي وكذا كل من لا يقبل شهادة
المضارب له وشهادة رب المال له وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف البعض اصحاب الشافعي وبعض
اصحاب احمد وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط
عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقيل حيث قال بعد نقل ذلك عنه
وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب والاجنبي على ان يكون له الثلث انتهى اقول
لا يفهم لهذا البحث وجه وورد على ذلك المنقول اصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لا خلاف
في جواز اشتراط عمل عبد المضارب الى آخره بصريحه نا[ظر] لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث
ومورده فضلا عن المنافاة ثم ان محصول ذلك المنقول انه اذا كان في عبد رب المال خلاف
لا في غيره كان ذكر عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيد به وهذا
مما لا يقدح فيه البحث المذكور اصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد
رب المال في مقابلته شيئان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد
المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي
على ان يعمل مع المضارب يصح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط
عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت
عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال او بالعمل ولم يوجد منه ذلك شيء انتهى كلامه اقول
فيه بحث لانه لا يكاد ان يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي اصلا اي سواء شرط
ان يعمل مع المضارب او لم يشترط اما اذا شرط ذلك فلان حكم الاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال
حيث يصح الشرط والمضاربة جميعا فكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم واما اذا لم يشترط
ذلك فلانه وان تغير الحكم ح حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لا كونه اجنبيا فالاحتراز
عنه انما يحصل بقوله على ان يعمل معه لا بقوله ولعبد رب المال الا يرى انه قال بدل قوله ولعبد رب
المال ثلث الربح على ان يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على ان يعمل معه لخرج الاجنبي الذي لم يشترط له
العمل مع المضارب من حكم المسألة ايضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه اصلا
وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع ان الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل
لدفع ما يتوهم ان يد العبد يد المولى فيمتنع التخلية فقال هو جائز انتهى كلامه اقول
هذا هو الحق عندي ولقد اشار اليه المصنف في تعليل المسألة حيث قال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا

اذا كان ماذونا ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب

فصل في العزل والقسمة اي في عزل المضارب وقسمة الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذي يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا القسمة بعد تحقق مال الربح **قوله** واذا مات رب المال او المضارب بطلت القسمة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل قال في العناية اخذا من النهاية ورد بانه لو كان توكيلا لما رجع المضارب على رب المال مرة بعد اخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد ما اشترى شيئا كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما اخذه ثانيا لم يرجع عليه مرة اخرى وبانه لو كان توكيلا لانعزل اذا عزله رب المال بعد ما اشترى بالمال المضاربة عروضا كما في الوكيل اذا علم به وبانه لو كان توكيلا لما عاد المضارب على مضاربته اذا لحق رب المال بدار الحرب مرتدا ثم عاد مسلما كالوكيل والجواب عن ذلك كله سياتي انتهى كلامه يريد بالجواب الاتي عن الرد الاول ما ياتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة والوكالة في المسئلة الاولى وبالجواب الاتي عن الرد الثاني ما ياتي في الكتاب ايضا في هذا الفصل من بيان علة عدم انعزال المضارب في المسئلة الثانية وبالجواب الاتي عن الرد الثالث ما ياتي في الشروح في المسئلة الاتية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة اقول الذي يعلم مما ذكر في المواضع الثلثة الاتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلث وبذلك لا يحصل الجواب عن الرد بالوجوه الثلثة المذكورة ههنا لان حاصل القدح في الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه توكيل بانه لو كان توكيلا لما خالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلث المزبورة وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى لا يندفع رد الدليل المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فيتاكد الرد والاشكال فان قلت المراد في الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يتوجه فيما اختلفا فيهما في الوجوه الثلثة المذكورة قلت نعم لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض الاحكام كونها توكيلا فيما نحن فيه فلا يتم التقريب فان قيل المراد انها توكيل في بعض الاحكام التي من جملته ما نحن فيه قلنا نعم لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دليلا اصلا لصيرته اخفى من المدعى لا اقل من ان يصير مثل المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تامل **قوله** وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة قال الشراح هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه او بعده فكان عقد المضاربة على حاله اذا ما قبل القضاء باللحاق فلانه بمنزلة الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة واما بعد القضاء به فلما كان حق المضارب كالوارث حقيقة وعزاه جماعة منهم الى المبسوط اقول فيه اشكال اما اولا فلانه لو مات حقيقة بطلت المضاربة قطعا كما مر في المسئلة المتقدمة آنفا فكيف يصح قولهم كما لو مات حقيقة اللهم الا ان يقيد قولهم كما لو مات حقيقة بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل

حينئذ

حينئذ كما سياتي في الكتاب واما ثانيا فلانه ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء باللحاق هي بقاء حق المضارب كان ينبغي ان يبقى على حاله فيما اذا لم يعد ايضا بهذه العلة فليتامل ثم اقول الذي يظهر من تعليل المصنف هذه المسئلة ومما ذكر في بعض المعتبرات انه لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد مسلما وبين ما اذا عاد مسلما بعد لحوقه بدار الحرب مرتدا سيما بعد القضاء باللحاق اما ظهوره من تعليل المص هذه المسئلة فلانه قال في تعليله اياها لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته ولا يخفى ان المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعا كما مر فكذا بما هو بمنزلة الموت واما ظهوره مما ذكر في بعض المعتبرات فلانه قال في البدايع ولو ارتد رب المال فباع المضارب واشترى بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي حنيفة ان رجع الى الاسلام بعد ذلك نفذ ذلك كله والتحقت ردته بالعدم في جميع احكام المضاربة وصار كانه لم يرتد اصلا وكذا اذا لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب على الرواية التي يشترط بها حكم الحاكم باللحاق للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة انتهى ولا يخفى ان المفهوم من قوله ثم عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب بطلان المضاربة لو عاد مسلما بعد ان يحكم بلحاقه بدار الحرب ومن قوله على الرواية التي يشترط بها حكم الحاكم باللحاق للحكم بموته بطلانها ولو عاد قبل ان يحكم بلحاقه على الرواية التي لم يشترط بها حكم الحاكم باللحاق للحكم بموته وان الظاهر من اطلاق قوله فان مات او قتل على الردة او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه بطلت المضاربة بعدم التعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء باللحاق وان عاد مسلما وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل او مات او لحق بدار الحرب فان القاضي يجيز البيع والشرى على المضارب والربح له ويضمنه رأس المال في قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الاصلية فيتوقف ويبطل بالموت او بالقضاء باللحوق ولو لم يرفع الامر الى القاضي حتى عاد المرتد مسلما فان جميع ذلك على المضاربة لانه انتقضت ردته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها انتهى ولا يخفى ان الظاهر من هذا ايضا انه لو عاد مسلما بعد القضاء باللحوق بطلت المضاربة بالاتفاق **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في معنى كلام المص هنا احتمالان عقليان احدهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد اللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها اي هي غير باطلة وثانيهما ان يكون قوله هذا ناظرا الى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها اي لا يتوقف تصرفه عند ابي حنيفة ايضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب الى المعنى الاول صدر الشريعة في شرح الوقاية حيث قال في شرح قول صاحب الوقاية وتبطل بموت احدهما ولحاق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة

لان له عبارة صحيحة انتهى واقتفى اثره من المتاخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الاصلاح والايضاح وهو
الظاهر من نفس عبارة الوقاية ايضا حيث اضيف فيها الموت المبطل الى احدهما مطلقا والحاق المبطل الى الثاني
فقط فدلت على ان لحاق المضارب لا يبطل بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه
بالاتفاق كما نصوا عليه اقول ذلك المعنى ليس بصحيح عندي اذ قد تقرر في باب احكام المرتدين ان المرتد اذا لحق
بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه صار من اهل الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام ولقد افصح عنه المصنف
في هذا الفصل ايضا حيث قال في تعليل بطلان المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة
لان اللحوق بمنزلة الموت الا يرى انه يقسم ماله بين ورثته انتهى فاذا كان كذلك فاني يمكن تصرف الميت فيصح
تصرف المضارب على حاله بعد ان لحق بدار الحرب مع ان بطلان المضاربة اذا لحق المضارب بدار الحرب
وقضى بلحاقه مصرح به في المعتبرات قال في البدائع وان مات المضارب او قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته
في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته
في بطلان تصرفه انتهى فالحق هو المعنى الاول وهو مراد المصنف كما يرشد اليه قوله في تعليله ولا توقف في ملكه
الا ان لا يرتاب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند ابي حنيفة اذا كان هو المرتد والتوقف
في ملك غيره انما يكون قبل اللحاق لا بعده فلا بد ان يكون المراد هنا ايضا ما يكون قبل اللحاق لئلا يلغو هذا
القول في التعليل ويشير اليه زيادة الشراح قيد في قوله جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة
على حالها في قولهم اذ لا شك ان زيادة هذا القيد للايماء الى تحقق الخلاف بين ائمتنا فيما اذا كان رب المال
هو المرتد ولا خلاف فيه بعد اللحوق وانما الخلاف فيه قبل اللحوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة
ولا يتوقف عندهما بل ينفذ فلا بد ان يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب
هو المرتد هو الوفاق فيه قبل اللحوق ليظهر فائدة زيادة ذلك القيد تدبر **قوله** وعلى هذا موت رب المال
في بيع العروض ونحوها وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها
وكلمة هنا في قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا ينعزل عن ذلك يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان المال
عروضا يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القصدي في تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لئلا يلزم ابطال
حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض اي نحو
العروض في حق البيع بان كان راس المال دراهم والنقد دنانير وعلى القلب هذا ما ذهب اليه اكثر الشراح وهو المختار
عندي واما صاحب غاية البيان فقال واراد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بدار الحرب او قتل
او مات مرتدا ثم باع المضارب العروض جاز بيعه على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على هذا يرجع الى موت
رب المال على تاويل المنية فينبغي ان يقال برفع الواو اقول فيه نظر لانه مع ابتنائه على تاويل بعيد غير مثبت
اللفظ محتمل من حيث المعنى اما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو نحو الموت انما هو اللحوق بدار الحرب

مرتدا

مرتدا وقد ذكر هنا صريحا في تلك النسخة بقوله ولحوقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محل لان يقال ونحو الموت واما
على النسخة الاولى فلانه قد اريد بالموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال واراد بقوله ونحوها ما اذا
ارتد رب المال ولحق بدار الحرب او قتل او مات فيلزم ان يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية
ويجوز ان يرجع الى بيع العروض بان يعطى المضاف حكم المؤنث باعتبار اضافته الى المؤنث كما في قوله كما شرقت صدر
القناة من الدم فعلى هذا يقال بجر الواو اقول هذا ايضا مع كونه تعسفا من حيث اللفظ ركيك من حيث المعنى لانه
يوهم ان يجوز للمضارب بعد موت رب المال التصرف فيه في مال المضاربة نحو تصرف في بيع العروض وليس كذلك ثم قال
ويجوز ان يرجع الى العروض الى يعني في بيع العروض وفي بيع نحو العروض كما اذا كان راس المال الدراهم والمال دنانير
او على العكس لانها نحو العروض فان المضارب لا ينعزل بموت رب المال انتهى كلامه اقول الان حصحص الحق
والعجب انه جعل هذا ابعد الاحتمالات مع كونه اقربها لفظا ومعنى **قوله** وان لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء
لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به قال بعض الفضلاء هذا ينتقض بوجوه بان المراد ان
المتبرع الغير الملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد
النقض به وبعبارة اخرى ان المراد ان المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة
عقد لازم على ما عرف ايضا في محله فلا انتقاض ولئن سلم اطلاق الكلام هنا فهو مجرى على موجب القياس
والكفيل ضامن بالنص وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر في كتاب الكفالة فلا ضير في خروجه
اذ القياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل

فصل فيما يفعله المضارب

قال في غاية البيان وكان القياس ان لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي ان تذكر المسائل المذكورة فيه
في اول الكتاب عند قوله واذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر
ويبضع ويودع الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة انتهى قوله لا يذهب
على ذي فطرة سليمة ان ما ذكره بقوله الا انه ذكر الفصل هنا لزيادة الافادة لانه ذكر هنا ما لم يذكر ثمة لا يجدي
شيئا في دفع ما ذكره اولا لان زيادة الافادة انما تقتضي ان لا تقتصر على ذكر ما في اول الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكر
هنا وما ذكر ثمة ولا تقتضي ان يذكر بعضها ثمة وبعضها هنا في فصل على حدة فبقي مقتضى القياس الذي ذكره في اول
كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال
المضارب زيادة للافادة وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة انتهى اقول لا يرد على هذا
التقرير ما يرد على ذلك ولكن فيه شيء آخر يجب علاجه وهو ان قوله وتنبيها على مقصودية افعال المضارب بالاعادة
ينافي في الظاهر قوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب لان الاعادة تقتضي الذكر
مرة اولى وقد قال اولا ما لم يذكره في اول المضاربة من افعال المضارب ويمكن ذلك ان المراد بالاعادة اعادة
جنس افعال المضارب لا اعادة خصوص ما ذكر هنا واعادة جنسها انما تقتضي ذكر جنسها مرة اولى لا ذكر

خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل قوله لان رب المال صار شريكه لا بشركة غيره الى آخره اقول
فيه شيء وهو ان هذا الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى اذ لا يجري في صورة خلط مال المضاربة بماله وهو داخل
ايضا في المدعى كما ترى قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع
فهو على المضاربة قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال
المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضا او كلا وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى اقول
الظاهر في بيان ايهام كلام المص اختصاص الابضاع ببعض المال ان يقال حيث قال شيئا من مال المضاربة فان
منشأ الايهام انما هو مجموع قوله شيئا من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط لجواز ان يراد بكلمة من البيان
لا التبعيض الا يرى انه لو قال فان دفع ما اخذ من مال المضاربة الى رب المال بضاعة تعين البيان
وارتفع الايهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما اذا قال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فانه
قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة ومن هنا قال صاحب الغاية وهذا اللفظ كما ترى
يقتضي ان يكون المدفوع الى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة واما صاحب الكافي
فلما رأى لفظ المص موهما للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فان دفع المضارب مال المضاربة او شيئا
منه الى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بحالها انتهى قوله وقال زفر تفسد المضاربة
لان رب المال متصرف في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا تصح اذا شرط العمل عليه ابتداء
قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال زفر رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل اذ لم يصرح به فيكون
مستردا للمال ولهذا لا يصلح اشتراط العمل عليه ابتداء اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح فان الظاهر منه ان
علة فساد المضاربة عند زفر في مسألتنا هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناء على عدم تصريح المضارب
بالتوكيل فيفهم منه ان المضارب لو صرح بالتوكيل لصح المضاربة عنده ايضا في هذه المسألة وليس كذلك فالظاهر من
المشروح ان علة ذلك عنده كون رب المال متصرفا في مال نفسه غير صالح لان يكون وكيلا فيه بناء على ان المرء لا يصلح
وكيلا لغيره فيما يعمل في ملك نفسه ولقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال وقال زفر تفسد المضاربة لان رب المال متصرف
في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان المرء فيما يعمل في ملكه لا يصلح وكيلا لغيره فصار مستردا انتهى قوله فان كان معه الف
فاشترى بها ثيابا فقصرها او حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع قال صاحب العناية وانما ذكرها
بعد ما مر تمهيدا لقوله فان صبغها احمر فهو شريك بما زاد الصبغ اقول هذا الكلام منه ليس بشيء لانه ان اراد
ان هذه المسألة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعا وان اراد انها مرت في ضمن الاصل المذكور
فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الاصل فهو مسلم ولكن المسألة الثانية ايضا مرت بهذا المعنى
حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الاصل فلا وجه لجعل الاولى تمهيدا للثانية مع الاشتراك في المرور
بالمعنى المزبور بل كل مسألة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من احد انواع ذلك الاصل فيلزم التكرار في كل واحدة

منها

منها على زعمه فالحق ان كل واحدة من هاتين المسألتين مقصودة بالبيان هنا من حيث خصوصيتها كسائر
المسائل ولا ينافي اندراجهما تحت اصل كلي ما ذكر في تفريع الفروع على الاصول من هذا القبيل مع انه
المسلك المعتاد في عامة المواقع قوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه
الخلطة فلا يضمنه قال في العناية فان قيل المضارب لما لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفا غاصبا فيجب
ان يضمن كالغاصب بلا تفاوت بينهما اجيب بان الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط و
بالصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصار شريكا فلم يكن غاصبا فلا يضمن فقال وبهذا اندفع ما قيل المضارب
اما ان يكون مأذونا بهذا الفعل او غير مأذون فان كان مأذونا وقع على المضاربة وان لم يكن ضمن
المضارب كالغاصب لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا لكنه لم يقع على المضاربة لان فيه استدانة
على المالك وليس له ولاية ذلك انتهى كلامه اقول في آخر كلامه اضطراب لان الظاهر من تعليل اندفاع
ما قيل بقوله لما تبين انه خرج عن كونه غاصبا انه اختار كونه غير مأذون لان كونه غاصبا انما جعل فيما
قيل فرعا لكونه غير مأذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين انه خرج عن كونه غاصبا يقتضي اختيار كونه غير
مأذون فحينئذ لم يحتج الى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الى آخره لان وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قيل
فرعا لكونه مأذونا فاذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركا فان قلت
مراده ان لفعل المضارب هنا وهو صبغها احمر جهتين مختلفتين اوليهما خلط مال المضاربة بمال نفسه
وثانيتهما الاستدانة على المالك وان المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تينك الجهتين
المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا مزيد عليه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هذا الشارح
ولا اوله الذي اشار اليه بقوله وبهذا اندفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك
بتام في نفسه اذ لا نرى وجها يقتضي ان يكون لفعل المضارب هنا جهة الاستدانة على المالك على ان
الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتبارهما مأذونا
في فعله هنا وغير مأذون ثم اقول الصواب عندي في دفع ما قيل المضارب اما ان يكون مأذونا بهذا الفعل
او غير مأذون الى آخره ان يختار كونه مأذونا به بقوله اعمل برأيك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ لان الاذن
المذكور ليس بمقصور على ان يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يعم التصرف في مال المضاربة منفردا
ومنضما الى غيره مما له جهة في التثمير كخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره على ما تقرر في بيان النوع الثاني
من الاصل المار ذكره وقد اشار اليه المص هنا بقوله واذا صار شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك
انتظامه الخلطة فلا يضمنه تدبر **فصل آخر** لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها
في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس مسائل المضاربة التي لا بد منها للمضاربة آخر ذكرها قوله بخلاف
الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله

مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب يعني ان الغاصب اذا توكل
ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب عليه الضمان فعلم
يعتبرانهما قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعد قد
تقدم على قبض الامانة فيجوز ان يعتبرا جميعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا
صلاحيته لاثبات حكمين متنافيين ثم قال ويمكن ان يجاب عنه بان مقصود المصنف دفع استحالة
اجتماعهما واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر فانه لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع
عليه بالغارم اصلا فاما هنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح وحاصله
الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا اهون الامرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فيضره بهلاك
الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان قول المصنف لانه امكن
جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب صريح في اثبات امكان جعله
مستوفيا بمجامعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع المغصوب فكيف يمكن ان يقال مقصوده
مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصله ان التسبب في صورة
توكل الغاصب ببيع المغصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما
هنا واما ثانيا فلان قوله واما كونه مستوفيا فثابت بدفع الضرر عن الموكل ليس بتام لان الضرر اللازم للموكل
على تقدير ان يرجع عليه الوكيل بالغارم انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا
هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا
لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده يد امانة الا يرى ان الوديعة اذا هلكت في يد المودع من
غير تعد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع انه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بلا ريب
واما ثالثا فلان قوله واما هنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا اهون الامرين غير متمش فيما اذا
هلك الالف والعبد معا اذ لا يبقى حينئذ شيء من راس المال حتى يلحق الهالك به فيستوفيه رب المال
من الربح والظاهر ان جواب المسألة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد اخرى
جار في هذه الصورة ايضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام
المحبوبي ثلثة اوجه في الفرق بين المضارب والوكيل احدها ما ذكر في الكتاب والثاني انا لو لم نحمل ما قبضه
الوكيل على الاستيفاء لا يبطل حق الموكل اصلا لانه اذا رجع عليه بالغارم ضاع ذلك اصلا فاما هنا
فحق رب المال لا يضيع اذا حملنا على الامانة لانه يلحق براس المال ويستوفيه من الربح ولو حمل على الاستيفاء
يلحق المضارب ضرر فوجب اختيار اهون الامرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا
يرجع على الموكل بعده فاما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة

انتهى

انتهى قوله في كل واحد من تلك الاوجه الثلثة نظر اما في الاول فلما عرفت آنفا واما في الثاني والثالث
فلان كل واحد منهما يقتضي ان يرجع الوكيل على الموكل في مرة اولى ايضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع
انهم صرحوا بعدم رجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة اما اقتضاء الثاني ذلك فلان ابطال حق الموكل يتحقق
بالرجوع في المرة الاولى ايضا لعلة مذكورة واما اقتضاء الثالث اياه فلان انعزال الوكيل عن الوكالة انما يتحقق
بالاشتراء كالرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا حادث بعد زوال الامانة بالانعزال ولو كان في مرة اولى
وايضا يرد على الوجه الثاني ما اوردناه ثانيا وثالثا على جواب صاحب العناية عن نظره تامل تقف ثم اقول
الحق عندي في الفرق بين المضارب والوكيل في مسئلتنا هذه ان يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب
للموكل مثل ما وجب عليه للبائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكمية كما مر في كتاب الوكالة فاذا
قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضمونا عليه فاذا هلك بعده لم يكن له ان يرجع به على الموكل وهذا لم يتحقق
اصلا فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك فلم يرجع عليه لاخرى فيما اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك
بعد الشراء وقد اشار اليه المص بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع
اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع
الاستيفاء على ما مر **فصل في الاختلاف** اي في الاختلاف بين رب المال والمضارب واخر هذا الفصل لان
الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين **قوله** ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال
هو بضاعة او وديعة فالقول لرب المال والبينة المضارب قال صاحب العناية وسماه مضاربا وان اتفقا على
لاحتمال ان يكون مضاربا في الاول ثم اقرضه انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة اقول تسمية احد
المتخالفين مضاربا عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال ان يكون مضاربا في الاول مما لا يقبله فطرة
سليمة جدا والاقرب عندي انه سماه مضاربا للمشاكلة بما ذكر في اخوات هذه المسألة على طريقة قوله تعالى
تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك وقول الشاعر اقترح شيئا نجد لك طبخه قلت اطبخوا لي جبة وقميصا **قوله**
لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر حمل صاحب النهاية التملك في قول المص يدعي عليه التملك على تملك الربح حيث
قال اي تملك الربح وسلك صاحب العناية ايضا هذا المسلك حيث قال لانه يدعي عليه تمليك الربح اقول
الظاهر ان مراد المص بالتملك هنا تملك اصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك اصل المال واما تملك
الربح فامر تابع لتملك اصل المال في هذه الدعوى فحمل التملك هنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح اما اولا فلما
اشرنا اليه من ان الاصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك اصل المال وتملك الربح من فروع ذلك فحمل التملك
في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل واما ثانيا فلان دعوى تملك الربح قد تنفك عن دعوى تملك اصل
المال كما اذا ادعى المضاربة فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق اصل المال فاذا علم مجرد
تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون

علت الزيج واما تعليل الزيج كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته ايضا اشكال يظهر ذلك كله بالتامل
الصادق وتتبع قواعد الفقه واقوال الائمة **قوله** والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان
وعدم حاجة الآخر الى البينة قال صاحب النهاية ورب المال ايضا محتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل حقه اليه
بل بينة رب المال اقوى في القبول لاثباتها امرا عارضا وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض
غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتامل في صحته وان كانت رواية الايضاح تساعده ايضا
انتهى كلامه وقال صاحب العناية قال المص لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه
بان البينة للاثبات لا للنفي وبان الآخر يدعي الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة واجيب بان اقامة البينة
على صحة تصرفه والمقصود منها نفي الضمان فاقام المص اللازم مقام الملزوم كناية وبان ما يدعيه من المخالفة وهو
سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى البينة انتهى كلامه اقول جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض
ليس بسديد لان الثابت باقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا المخالفة لان رب المال
فانه يدعي الموافقة وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عندي ان يقال
عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لا لانه ليس بمدع شيئا بل لان القول قوله لكون الاذن
مستفادا من جهته كما تقرر فيما مر آنفا فكان ما يدعيه ثابتا بقوله فلم يحتج الى البينة ولهذه النكتة قال
المص وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه
صاحب النهاية فاستشكل لما ذكره المص ههنا فتدبر **قوله** ولو وقتا البينتان وقتا فصاحب الوقت
الاخير اولى اقول لقائل ان يقول هذا مناقض لما ذكر آنفا من ان البينة بينة الآخر المضارب
لجواز ان يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن التطبيق بان يحمل ما ذكره اولا على عدم التوقيت قال
صاحب العناية بعد ان ذكر قول المصنف ولو وقتت البينتان الى آخره وان لم توقتا او وقتتا على التنويع
او وقتت احديهما دون الاخرى فالبينة لرب المال اقول يرد عليه ان هذا ينافي ما ذكره المص من ان
البينة بينة المضارب اذ لا يمكن ان يحمل هذا على التوقيت وذاك على عدم التوقيت كما ترى ولقد احسن صاحب
النهاية في اسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المص ولو وقتت البينتان الى آخره شيئا من المسائل التي زادها
عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحه وتمثيله فقط ولكن قال بعدها استشكل قول المص فيما قبل والبينة
بينة المضارب الخ واما صاحب الذخيرة رحمه الله وسائر شيعه فجعل حكم بينتي المضارب ورب المال
في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحدا وذكرها في الذخيرة مفصلا مندرجا في المسائل
التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقتت البينتان الخ فكان ذكر تلك المسائل في تحرير صاحب النهاية
منسوبا الى صاحب الذخيرة فلا يتوهم منافاة ذلك لما ذكره المص لاعترافه بان ما ذكره المص ههنا مطابق لرواية
الايضاح دون رواية الذخيرة

كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا

الكتاب

الكتاب بما تقدم قد تقرر في اول كتاب الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقي من الادنى الى الاعلى
لان الوديعة امانة بلا تمليك شيء وفي العارية تمليك المنفعة بلا عوض وفي الهبة تمليك العين بلا عوض وفي الاجارة
تمليك المنفعة بعوض وهي عقد لازم واللازم اقوى مما ليس بلازم فكان في الكل الترقي من الادنى الى الاعلى كذا
في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة اذ فيها اعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الامانة وهو من اشرف الخصال
عقلا وشرعا قال عليه الصلوة والسلام الامانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفي المثل الامانة اقامت المملوك
مقام الملوك والخيانة اقامت الملوك مقام المملوك ثم ان الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع
وهو الترك عن ابن عباس ان النبي عليه الصلوة والسلام قال لينتهين اقوام عن ودعهم الجمعات اي عن تركهم اياها
قال شمر زعمت النحوية ان العرب اماتوا مصدر يدع والنبي صلى الله عليه السلام افصح العرب وقد روي
عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لانها شيء يترك عند الامين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية
وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لانها تترك بيد امين انتهى اقول فيه سماحة ظاهرة اذ ليست الوديعة
في اللغة بمعنى الترك بل هي في اللغة بمعنى المتروكة وانما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة
الترك الا بتاويل بعيد لا يساعده لفظه وهو ان يراد بذلك انها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة
من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليط على حفظ المال اقول الظاهر ان الوديعة في الشريعة ايضا هي
المال المودع الذي يترك عند الامين لا نفس التسليط على حفظ المال وانما التسليط على حفظ المال هو الايداع
وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء كان مالا او غيره يقال اودعت
زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بكسر الدال فيهما وزيد مودع و
مستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الايداع
بالتسليط المزبور دون الوديعة وقالا والمال مودع ووديعة واقول فيما ذكر في الكافي والكفاية ايضا شيء
لان محصوله ان كان معنى الايداع لغة اعم من معناه شريعة لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن
المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصحاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول ايضا بالمال لان المذكور
فيها عند بيان معناه يقال اودعته مالا اي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن الاختصاص بالمال في اللغة
ايضا لما اطبق ارباب اللغة على ذكر المال في بيان معناه بل كان اللائق بهم ان يقولوا يقال اودعته شيئا اي دفعته
اليه ليكون وديعة عنده والعجب ان صاحبي الكافي والكفاية بعد ان قالا الايداع لغة تسليط الغير على حفظ اي شيء
كان مالا او غيره قالا ايضا يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما
استشهدا به شيء يوهم العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت آنفا فكان اللائق بهما جدا ترك ذلك **قوله**
الوديعة امانة في يد المودع الخ قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معنى واحد
فكيف جوز بينهما المبتدا والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدا وخبرا الا على طريق التفسير كقولك

الليث اسد والجنس منع ومراد المص هنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا جوابه ذكره هنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردري الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان والقته في حجر غيره والحكم في الوديعة ان يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه اقول يرد على الجواب المزبور والفرق المذكور ان التقرير المسفور يقتضي ان يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد فلا يجتمعان في مادة اصلا وكذا جعل حكم الاولى ان يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى ان لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متنافيان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وحمل احد المتباينين على الاخر غير صحيح قطعا فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية قد ذكرنا ان الوديعة في الاصطلاح هو التسليط على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مباينة للوديعة بهذا المعنى لا انها اعم منه بل المراد بالوديعة ما يترك عند الامين انتهى اقول قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الوديعة بهذا المعنى مباينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم ح ان لا يصح قول المص الوديعة امانة في يد المودع اذ التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن ان يكون في يد المودع ولكن دفعتهما معا بحمل كلام صاحب العناية على المسامحة بان يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب التسليط على الحفظ فيكون حمل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا ان تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المحذوران المزبوران معا ثم ان هذا التوجيه وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا انه لا بد من المصير اليه تصحيحا لكلمات الثقات الناظرين في هذا المقام فان ذينك المحذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهم الا يرى انه قال في النهاية والكفاية فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان الوديعة عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد الى غير ذلك من عبارات المشايخ بقي هنا شيء وهو انه ما ذكره الشراح هنا من ان الامانة اعم من الوديعة بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة يخالف ما صرحوا به قرنا واحدا في باب الاستثناء من كتاب الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كاللقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار انسان واما مخرج

ماذكره

ماذكره المص هنا كمن ان الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز ان يكون مراده بقوله من غير صنعه من غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف وقد نبهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه الى الامام بدر الدين الكردري كما مر قال والاوجه من الجواب فيه ان يقال لفظ الامانة صار علما لما هو غير مضمون فكان قولنا هو امانة عنده اي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه حتى ان لفظ الامانة يستحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيه واراد بالوديعة ما وضع للامانة بالايجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ايقاعهما مبتدأ وخبرا انتهى اقول فيه نظر اذ لو كان المراد بالامانة المذكورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتيج الى ذكر قوله اذا هلكت لم يضمن للقطع بصحة ان يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلكت لم يضمن لكون الثاني مستدركا وقد رد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون ليس كذلك وليت شعري اي علم هذا من اقسام الاعلام انتهى كلامه اقول دفع هذا سهل لان لفظ الامانة ان كان علما لما هو غير مضمون كان من اعلام الاجناس كاسامة فانه علم الجنس الاسد وسبحان فانه علم لجنس التسبيح الى غير ذلك من اعلام الاجناس التي ذكروها في كتب النحو وبينوا دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد ومن اتقن مباحث ذلك في محالها لا يشتبه عليه الامر فيما نحن فيه قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به اقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المالك راضيا به يشعر بكون مدار جواز دفع الوديعة الى عياله رضى المالك بذلك فيقتضي عدم جواز دفعها اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فالظاهر ان مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله فالاولى ان يترك قوله فكان المالك راضيا به ويقال بدله فامتناع الحفظ بعياله يفضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي قوله فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف بالامانة اقول فيه ايضا شيء وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضي ان يضمن ايضا اذا حفظها بيد من في عياله لا بيد نفسه لانه بيد غيره نفسه فالاظهر ان يقال لان المالك رضي بيديهم لا بيد غيرهم على نهج قوله في نفس المسألة فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدوري للامام الزاهدي حيث قال لان الايدي تختلف في الامانة فلا يكون رضاه بيديهم رضى بيد غيرهم قوله ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا يصلح موجبة لها قال بعض الفضلاء فيه تامل فان المعلول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمة وعدم القسمة نفسها من موجبات نفس الشركة انتهى اقول هذا ساقط فان القسمة نفسها ليست من موجبات الشركة قطعا اذ لا شك انه لا يجب على المشتركين في شيء قسمة ذلك الشيء بل يجوز ان يتصرفا فيه على الاشتراك من غير قسمة ابدا فانما الذي من موجبات نفس الشركة وعوارضها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح ان يكون جواز القسمة

فيما نحن فيه علة موجبة للشركة لئلا ينقلب المعلول علة فان المعلول هنا عند محمد جواز الشركة قبل ان تتعلق مشيئة
المودع بالشركة في نفس الشركة بعد ان تتعلق مشيئته بها وكلاهما كانا يوجبان جواز القسمة تامل قوله وللمودع
ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة الخ قال صاحب العناية في حل هذا المحل قالوا اذا كان
الطريق آمنا فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك وان لم يكن وسافر باهله لا يضمن وان
سافر بنفسه ضمن لانه امكنه تركها في اهله انتهى اقول هذا تحرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقول القول في قالوا
مجموع ما ذكره بان كان قوله اذا كان الطريق آمنا شرطا وما بعده جزاءه فسد المعنى جدا اذ يلزم حينئذ ان يكون ما كان الطريق
مخوفا قسما مما كان آمنا فيلزم ان يكون ضد الشيء قسما منه وهو باطل قطعا وان كان مقول القول قوله اذا كان الطريق
آمنا فقط بان كان معناه قالوا معنى الذي ذكر في الكتاب فيما اذا كان الطريق آمنا كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح
وكان قوله فان كان مخوفا ضمن بالاتفاق بيانا لحكم كون الطريق مخوفا في المسافرة بالوديعة وكان قوله واذا كان آمنا
وله بد من السفر الخ تفصيلا لحكم كون الطريق آمنا في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام ايضا لانه ان اراد بقوله اذا
كان الطريق آمنا في قوله قالوا اذا كان الطريق آمنا ما هو عام لما كان له بد من السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ
كان قوله في التفصيل وان كان آمنا وله بد من السفر فكذلك منافيا لذلك قطعا وان اراد بذلك ما هو مقيد بان لم يكن له بد
من السفر فمع كون اللفظ غير مساعد له ينافيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد
كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما تقتضيه
اطلاق اللفظ ويدل عليه قطعا قول المصنف فيما بعد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد
من كتب الفقه ولم ينقل عن احد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة ان كان الطريق آمنا ولم يعين المالك
المصر للحفظ فيه وانما ذكر ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفا او ان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب
في هذا المقام تحرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمنا اما اذا كان مخوفا وله بد من السفر
ضمن بالاتفاق وكذا الاب والوصي وان لم يكن له بد من السفر ان سافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه
ان يتركها في اهله كذا في الجامع الصغير لقاضي خان انتهى وتحرير صاحب الكفاية ومعراج الدراية حيث قالا هذا اذا لم
يعين المالك المصر للحفظ فيه بل اطلق فان عين الحفظ في المصر فسافر ان كان له من السفر بد ضمن وان كان سفرا
لا بد له منه فان امكنه الحفظ مع السفر بان امكنه ان يترك واهله عياله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه
ذلك لم يضمن انتهى وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وافسد معنى المقام قوله وفي الجامع الصغير
ثلثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك قال في العناية وذكر رواية
الجامع الصغير ليدل بوضعه على ان المراد بموضع الخلاف والمذكور في القدوري من قوله وديعة المكيل والموزون
لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى اقول فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر
بحصر موضع المسئلة فيما تقسم حتى يدل به على ان موضع الخلاف هو المكيل والموزون فقط لان المذكور فيه الالف

وهو موزون ليس بشيء اذ لا شك ان الالف انما ذكر فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو افاد ذكر الحصر لكان موضع المسئلة ذكر
فيه غير متناول المكيل اصلا فيقتضي قوله وهو موزون ولا الموزون الذي غير الالف فيفوت المطلوب وقال في معراج
الدراية قال ابو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذكر ان رواية كتاب الوديعة
القاضي لا يامر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كان القاضي لا يامر المودع بالدفع فله ان ياخذ ديانة فلما قال
في الجامع ليس له ان ياخذ زالت هذه الشبهة وفائدة اخرى ان في رواية كتاب الوديعة في اثنين وفي رواية الجامع في الثلثة
فلولا رواية الجامع لكان للبعض ان يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلثة اقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكا ويجعل تبعا
للاكثر فلا يوخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكا ولا تابعا فله اخذه فتبين برواية الجامع
انه كلهما سواء انتهى اقول في الفائدة الاخرى نظر لان نصاب المسئلة في رواية الجامع الصغير انه ليس للحاضر ان ياخذ نصيبه
عند ابي حنيفة ومعنا الا يدفع توهم قائل ان علة عدم الاخذ في هذه الصورة قلة نصيب الحاضر بل يوهن لما عن هذه الرواية
ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس باقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم ان
يكون علة عدم دفع نصيب الحاضر اليه قلة نصيبه فتلك الفائدة الاخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية
الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا ان يكون بناء تلك الفائدة على قول ابي يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول ابي
حنيفة فح تظهر على ترتيب الكتاب تامل تقف قوله بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه اي حق المديون لان الديون
تقضى بامثالها فلا يكون هذا تصرفا في حق الغير بل يكون المديون متصرفا في مال نفسه فيصح كذا في النهاية وغيرها قال صاحب
العناية بعد ان شرح هذا المقام او لو هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يومر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب عليه ذلك
انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان المديون مامور بالتصرف في ماله بالدفع الى من يجب عليه ذلك لا الى
من لا يجب عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلما لم يتصور قضاء الدين بعينه بل لا بد من ان تقضى بمثله
وجب على المديون للدائن دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنه فكان مامورا به وبالجملة ليس كل ما يجب على الانسان اداؤه
دفع عين ما اخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبدله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعا ثم قال صاحب العناية والحق
ان الضمير في حقه للشريك لا للمديون كما وقع في الشروح ومعناه لان الشريك يطالب المديون بتسليم اي
بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل مال المديون ليس بمشترك
بينهما في القضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كلام المصنف لا يساعد لان الضمير
في حقه لو كان للشريك دون المديون لم يتم استدلاله على قوله لانه يطالبه بتسليم حقه بقوله لان الديون تقضى بامثالها
اذ كون قضاء الديون بامثالها لا ياباه انما لا يدل على ان الشريك يطالب المديون بتسليم حق نفسه لان المثل مال
المديون فلم يكن حق الشريك بل كان حق المديون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق
المديون وهذا مما لا سترة به واما ثانيا فلان ما توهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مامورا بالتصرف في ماله بالدفع
الى من لا يجب له عليه ذلك او لى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء

ليس بمشترك بينهما لان الديون تقضى بامثالها والمثل بالا المديون ليس بمشترك بينهما والقضا انما يقع بالمقاصة انتهى وهذا الحق بما توهمه كما ترى والمدفوع مالا ونحناه من قبل **قوله** قوله ان ياخذه او قول الخصم فى هذه المسئلة كذا وهذا الامام ان علي ماتر وقد تعسف فيه الشارح العينى حيث قال والضمير فى قوله يرجع الى القائل المعهود فى الذهن او قول القائل نصرة لقولهما كذا انتهى لا يخفى ما فيه واما سائر الشراح فلم يتعرض احد منهم لتوجيه افراد ضمير قوله هنا

قوله قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع الخ جواب عن قول الاماميين لان ياخذه تقريره انجواز الاخذ لا يستلزم ان يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس من ضرورات الجواز اى من لوازمه لا نفكاكه عنه كما اذا كانت لالف دراهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه اى لغريم المودع بالكسر ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفع اليه كذا فى العناية وغيرها **اقول** هنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا يتمشى على رواية الجامع الصغير فان جواب المسئلة فيها ليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وهذا دال على عدم جواز اخذ احد الشريكين نصيبه من الوديع فى غيبة الآخر عند ابى حنيفة والجواب المذكور فى الكتاب مشعر بجواز اخذ احد الشريكين نصيبه من المودع فى غيبة الاخر عند ابى حنيفة ايضا وانه لم يجبر المودع على دفع ذلك اليه عنده كجواز اخذ غريم المودع بالكسر الوديعة عنده اذا ظفر به من المودع بالفتح وان لم يكن للمودع ان يدفعها اليه فلو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجويز احد الشريكين الحاضر نصيبه من المودع بدون ان يجبر المودع على دفع اليه عند ابى حنيفة لما احتيج فى الجواب من قبله عن قولهما ولهذا كان له ان ياخذه الى التشبث بحديث انه ليس من ضرورات جواز الاخذ ان يجبر المودع على الدفع بل لما افاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب فى الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ ايضا فالجواب المزبور انما يتمشى على ما ذكره فى مختصر القدورى وهو المستحق عند الفقهاء برواية كتاب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم ان صاحب غاية البيان قال فى شرح قولهما ولهذا كان له ان ياخذه هكذا هو يعتبر الدفع اليه ولو كان المال فى ايدى الشريكين كان لواحد منهما ان ياخذ نصيبه بغير رضى الآخر فكذلك هنا له ان ياخذ نصيبه من المودع وقال فى شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان فى ايديهما كان له ان ياخذ نصيبه فنقول لا يلزم من ذلك ان ياخذ نصيبه من المودع الا ترى ان الغريم اذا اخذ من مال الغريم جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز ان ياخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما اذا كان له الف دراهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه الى هنا كلامه وكذا الشارح **اقول** فعلى هذا الاستخراج يتمشى الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقرير المصنف لا يساعد ذلك جدا فتبصر

قوله وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة اى على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة ان يكون الالف الواحد مودعا من اثنين بكماله كذا فى الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندى فى معنى المقام فيتم التعليل ح بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة اصلا واما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحمل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال فى بيانه بان يودع احدهما فيشترى المودع به لعقد من الاخر ويسلم اليه ثمنه فيقبضه ثم يودعه ايضا انتهى **اقول** ليس هذا بشئ لان ما ذكر فى اصل المسئلة فى قوله فادعاها رجلان كل واحد

منهما

منهما انها له اودعها اياه يدل على ان كل واحد منهما ادعى انها ملكه فى الحال واودعها اياه ولا شك ان العين الواحد لا يتصور ان يكون ملكا للاثنين بكماله فى حالة واحدة ولا ان يكون مودعا من اثنين بكماله فى حالة واحدة وفى الصورة التى ذكرها ذلك القائل قد زال ملك احدهما الالف من حين بيع فذلك الملك عنها ايضا باشترائه بها سلعة من الاخر وتسليمها اليه فكيف يحتمل ان يصدقا معا فى دعواهما المزبورة

قوله ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين قال جماعة من الشراح فى تعليل تغاير الحقين لان كل واحد منهما يدعى الالف **اقول** يرد عليه ان كل واحد منهما انما يدعى الفا معينا وهو ما فى يد المدعى عليه كما صرح به فى وضع المسئلة والنقود تتعين فى الودائع على ما تقرر فى موضعه ونص عليه الزيلعى فى شرح هذه المسئلة فى التبيين فمن اين يلزم هنا تغاير الحقين ثم ان بعض الفضلاء بين مغايرة الحقين بنهج آخر حيث قال والظاهر ان تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق فى يمينه على ما مر فى الدعوى من قوله عليه السلام لك يمينه انتهى **اقول** ليس هذا بمفيد هنا لان ما يقتضيه ان يكون لكل منهما حق فى يمينه انما هو عدم الاكتفاء بتحليفه لاحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطلوب هنا بل يحصل بتحليفه لهما معا وانما الذى يقتضى تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد امر وراء ان يكون لكل واحد منهما حق فى يمينه الا يرى انهما لو ادعيا من احد شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق فى يمينه قطعا مع انه لا يجب ان كان تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والاظهر فى تعليل ان يحلف هنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافى حيث قال وانما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لان كل واحد منهما ادعاه بانفراده انتهى تدبر

قوله اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يعرض ليحلف للثانى فينكشف وجه القضاء قال صاحب العناية فى بيان وجه القضاء بان يقضى بالالف للاول او للثانى او لهما جميعا لانه لو حلف للثانى فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثانى ايضا كان الالف بينهما انتهى

قوله لا صحة لقوله وللثانى اذ لا احتمال للقضاء بالالف للثانى بعد نكول ذى اليد للاول والكلام فيه فالمحتمل هنا وجهان لا غير والعجب انه قال فى التعليل لانه لو حلف للثانى فلا شئ له والالف كله للاول ولو نكل للثانى ايضا كان الالف بينهما وهذا قطعى فى ان المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشا زلته هو ان سائر الشراح قالوا فى بيان وجه القضاء بان يقضى بالالف لهما او لاحدهما فتوهم الشارح المزبور ان قولهم او لاحدهما يعم الاول والثانى فوقع فيما وقع مع ان مرادهم باحدهما بعينه وهو الاول

كتاب العارية

قد ترجعه مناسبة هذا الكتاب لما قبله اعنى الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف فى تفسير العارية لغة وشرعية اما لغة فقد قال الجوهرى فى الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارة مثل العارية انتهى وقال المطرزى فى المغرب العارية اصلها عورية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة واخذها من العار العيب او العرى خطا انتهى وفى بعض الشروح ما ذكره فى المغرب هو المعول عليه لان النبى صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان فى طلبها عار لما باشرها وفى القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفى المبسوط قيل هى مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد

ستي شاء ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه
في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها واما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تمليك
المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وياتي دليل الطرفين في الكتاب
ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التمليك الخ اقول فيه بحث
من وجهين احدهما ان للخصم ان يمنع كون العارية من العرية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كما ذكر في الصحاح او من العارة
كما ذكر في المغرب او من التعاور كما ذكر في المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الائمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن
التمليك وثانيهما ان للخصم ان يقول انعقاد العارية بلفظ التمليك لا يدل على كونها بمعنى التمليك دون الاباحة لجواز
ان يكون لفظ التمليك هناك مستعارا لمعنى الاباحة لعلاقة لزوم الاباحة للتمليك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظة
الاباحة ان لفظ الاباحة استعيرت للتمليك على ما سياتي في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من اوجه الاول انه
استدلال في التعريفات وهي لا تقبل لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمانع فان سلم من النقض فذاك وان انتقض
بكونه غير جامع او مانع يجاب عن النقض ان امكن واما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني انه
قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص
فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وهو منصوص اصول الفقه والثالث ان من شرط القياس ان يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو
نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان الى هنا كلامه اقول كل واحد من اوجه بحثه ساقط اما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال
على نفس التعريف الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعرف كانه قال هذا التعريف هو الصحيح
او هو الحق ولا شك ان مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد صرحوا في موضعه بان
الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد على الاحكام الضمنية بان هذا التعريف
صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا ريب ان امر الاستدلال هنا ايضا كذلك
واما الثاني فلان المعلل يقصد اثبات كون لفظ العارية موضوعا في عرف الشرع لتمليك المنافع بغير عوض بالقياس حتى
يرد عليه انه قياس في الموضوعات بل اراد اثبات قبول المنافع لنوعي التمليك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد باثبات
هذا دفع توهم الخصم ان المنافع اعراض لا تبقى فلا تقبل التمليك كما صرح به الشارح المذكور ولا يخفى ان قبول
الاعيان لنوعي التمليك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول المنافع لهما ايضا
واما الثالث فلانه ان اراد بقوله والمنافع ليست نظير الاعيان انها ليست نظيرها من كل الوجوه فهو مسلم
ولكن لا يجدي نفعا اذ لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة
الحكم على ما عرف في اصول الفقه وان اراد انها ليست نظيرها في علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول
لنوعي التمليك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة وهما اي الاعيان والمنافع مشتركان في هذه العلة كما يفصح عنه
قول المص والجامع دفع الحاجة ثم قال ويمكن ان يجاب عنها بان هذا التعريف اما لفظي او رسمي فان كان الاول

فاذكره بيان من جعل البيان المناسبة لا استدلالا على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية
انتهى اقول وفيه بحث من اوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقرر في محله
ان مآل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بان هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع بخلاف التعريف الحقيقي
اذ لا حكم فيه بل هو تصوير ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فاذكره بيان من جعل البيان المناسبة لا استدلالا
على ذلك والثاني انه قد تقرر في موضعه ايضا ان التعريف الرسمي الذي بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك
ان اللوازم البينة لا تحتاج الى البيان فلا وجه لقوله وان كان الثاني بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث ان الظاهر
ان ضمير عنها في قوله ويمكن ان يجاب عنها راجع الى اوجه بحثه مع ان ما ذكره في الجواب على تقدير تمامه انما يكون جوابا عن
الوجه الاول منها دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها
بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المص ما ينافيه ظاهرا فالحمل عليه اولى انتهى اقول
فيه نظر اما اولا فلانه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقي البحث الثالث قطعا فلم يتم قوله كان سالما من الشكوك كلها
ثانيا فلان قول المص هي تمليك المنافع بغير عوض بحمل التمليك عليها بالمواطأة ينافي في ظاهر كون المذكور في الكتاب حكم العارية
اذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المص ما ينافيه ظاهرا واما ثالثا فلان توجيهه هذا ينافي
ما ذكر في اول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال واختلف في تعريفها اصطلاحا فقال عامة العلماء هي تمليك المنافع بغير
عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وقول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي ان يكون الاختلاف
المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء قوله كان سالما من الشكوك اما من الاول فمسلم واما من الاخير
فلا انتهى اقول سلامته من الثاني ايضا ظاهر اذ على تقدير ان يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناها شرعا
لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليل المذكور انه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح **قوله**
والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التمليك
ووجهه ان الجهالة المفضية الى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة
كذا في الشروح قال صاحب الكافي في تقرير هذا المحل وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك
مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان للمعير ان يفسخ العقد في كل ساعة لكونها غير
لازمة والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه اقول فيه نوع خلل لان قوله
وانما صحت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التمليك مع جهالة المدة يشعر بان عامة العلماء قالوا
بصحة العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التمليك اصلا مع جهالة المدة فيلزم ان لا يتم
هذا الكلام جوابا عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التمليك لان مقصوده به الاستدلال على ان
العارية هي الاباحة دون التمليك لا على انها غير صحيحة مع الجهالة فالاولى في العبارة ان يقول وانما صحت
العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التمليك لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة الخ تامل **قوله**

وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه قال صاحب العناية في تفسير قوله
صريح فيه اي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه اي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لانه اذا
اراد بقوله مستعمل انه مجاز فهو صريح لانه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق
اذا بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن احدهما حقيقة والاخر مجاز فاشار الى الثاني بقوله مستعمل ى مجاز
ليعلم ان الاخر حقيقة الى هنا كلامه ورد عليه بعض الفضلاء بان قال فيه تامل فان تخصيص الاولى بكونها صريحة
يوهم ان الثانية ليست كذلك فلا ينحسم مادة الاشكال انتهى اقول هذا ساقط لان الصريح عند
علماء الاصول ما انكشف المراد منه في نفسه فيتناول الحقيقة الغير المهجورة والمجاز المتعارف كما عرف في موضعه
فالمراد بالصريح ههنا الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره في مقابله كما بينه صاحب العناية فان اراد ذلك البعض ان
تخصيص الاولى بكونها صريحة يوهم ان الثانية ليست كذلك اي ليست بصريحة بالمعنى الذي ذكره علماء الاصول
فيوهم وانما يكون كذلك لو لم يكن قرينة على انه اراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان اراد ان تخصيص
الاولى بذلك يوهم ان الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن لا اشكال فيه حتى لا ينحسم مادته
قوله ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة الخ قال صاحب الكافي كان ينبغي ان يقول
اذا لم يرد بهما بدليل التعليل فقال ويمكن ان يجاب عنه بان الضمير يرجع الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى
قال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت المذكور شيئان احدهما قوله ومنحتك هذا الثوب والاخر حملتك
على هذه الدابة انتهى اقول مدار ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيئين هو الثاني دون
الاول ومبنى التاويل ههنا وفي قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شيء واحد لا محالة فلا غبار في الجواب لا يقال
يجوز ان يكون مراده بيان الواقع لا رد الجواب لانا نقول كون المذكور شيئين مع كونه غنيا عن البيان جدا ابى عنه
قطعا ذكره لفظة قلت سيما بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب قوله ولهذا كان واجب
الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولهذا اي ولكون الاذن ضروريا
كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كما في الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن
لكن لما كان قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق اذا هلك ضمن فكذا هذا انتهى كلامه اقول حمل الشارح
المذكور قول المص ولهذا على الاشارة الى كون الاذن ضروريا واقتفى اثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح
عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى قوله لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق كان واجب الرد
وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندي لوجهين احدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض
على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فيقتضي كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله
فيصير المعنى على تقدير ان يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا ولكون الاذن ضروريا صار كالمقبوض
على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء واما على تقدير ان يكون اشارة

الى ما ذكرته فيصير المعنى ولكونه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء
ولا شك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما انه من حيث كون الاذن ضروريا جوابا عن سؤال
مقدر لا عمدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق ولا يخفى ان
ما هو العمدة في الاستدلال احق بان يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم
الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي اخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفريع هذين الفرعين قوله
ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض ولا باحتها والقبض لم يقع
تعديا لكونه ماذونا فيه قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان اما ان يجب بالعقد
او بالقبض او بالاذن وليس شيء من ذلك بموجب له اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ
عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض ولا باحتها على اختلاف القولين وما وضع لتمليك
المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض فانما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك
لكونه ماذونا فيه واما الاذن فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان
فكيف يضاف اليه انتهى كلامه اقول لا يذهب عليك ان احتمال كون الاذن موجبا للضمان مما لا يخطر ببال احد اصلا و
لهذا لم يتعرض المص لنفيه قط في اثناء تقرير حجتنا في هذه المسئلة فادراج الشارح المزبور اياه في اقسام احتمال
الضمان ونسبة ذلك الى المص بقوله يعني خروج عن سنن الصواب قوله والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع
فهو ما قبضها الا للانتفاع فلم يقع تعديا جواب عن قول الشافعي والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر
فيما وراءه وتقريره القول بالموجب يعني سلمنا ان الاذن لم يكن الا لضرورة الانتفاع لكن القبض ايضا لم يكن
الا للانتفاع فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه كذا في العناية وغيرها اقول للخصم ان يقول اذا لم يكن
القبض ايضا الا لضرورة الانتفاع كان صحة القبض متقدرة بقدر الضرورة والضرورة انما هي في حالة الاستعمال
فان هلكت في هذه الحالة فلا ضمان قطعا واما اذا هلكت في غيرها فينبغي ان يجب الضمان لكون هلاكها فيما وراء
الضرورة فالاظهر في الجواب عن قول الشافعي والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه طريق المنع
لا القول بالموجب وقد افصح عنها صاحب غاية البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين
ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في حالة الانتفاع
مست الضرورة الى اظهار الاذن بالقبض في غير حالة الانتفاع ايضا وهي حالة الامساك لان الانسان
انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه دائما آناء الليل واطراف النهار وانما ينتفع به
ساعة ويمسك اخرى ولو انتفع بالعارية دائما يضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت
ان القبض في غير حالة الانتفاع ايضا ماذون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه واشير الى هذا الوجه من الجواب
في الكافي ومعراج الدراية ايضا فتبصر قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لانه لا اخذ في العقد

حكم العقد على ما عرف في موضعه جوابا عن قول الشافعي فصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب العناية وتقريره انه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان انتهى كلامه اقول لا يخفى على ذي فطنة ان تحرير هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشيء بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهو ان يحمل الباء في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملابسة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بملابسة العقد اي ما كان متعلقا بالعقد بان كان من مباديه له حكم نفس العقد فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العقد فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض بنفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بجهة الشراء مضمون بالعقد فكذا بجهته انتهى ثم اقول لا حاجة في حل كلام المص هنا الى ما ارتكبه صاحب العناية من التحرير الركيك المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل احدهما ان يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العقد بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وتمامه على ان يكون الاخذ من اخذ فيه بمعنى شرع فيه لا من اخذه وثانيهما ان يكون معناه لان الاخذ في العقد اي المأخوذ لاجل العقد له حكم العقد على ان يكون كلمة في في قوله في العقد بمعنى اللام كما في قوله تعالى فذلكن الذي لمتنني فيه وقوله عليه السلام ان امرأة دخلت النار في هرة حبستها على ما صرح به في مغني اللبيب فالاخذ حينئذ من اخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية اخذا من غاية البيان فان قيل سلمنا ان الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد هنا اجيب بان العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صيانة لاموال الناس عن الضياع اذ المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال المذكور لا يتوجه هنا اصلا اذ لا يقتضي ان يكون للاخذ في العقد حكم العقد تحقق العقد بل يقتضي عدم تحققه اذ عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا للاخذ فيه فلا معنى لقوله ولكن لا عقد هنا ثم ان الجواب المذكور منظور فيه لانه وان كان في جعل العقد موجودا تقديرا صيانة لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري اذ قد يكون هلاك المقبوض على سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطراري وقد اخذ منه مالكه باذنه فاذا وجب الضمان عليه خرج ماله الذي اداه من ملكه مجانا اي بلا عقد ولا تعد في شيء فيلزم النظر لاحد المتعاقدين في العقد وترك النظر عن الآخر تامل قوله ولان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الدراية كذا ذكر الامام التمرتاشي اقول في اكثر هذه الامثلة اشكال اما في مثال الحمل فلانه وان كان منطبقا لما ذكره المص في آخر هذه المسألة بقوله فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت انتهى الا انه مخالف لما سيجيء في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز من ان الحمل كالركوب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل ويكون حكمها عند الاطلاق والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرب كلام الفقهاء في عامة المعتبرات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب العارية انه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات انه مما يتفاوت

فان قلت لم لا يجوز ان يكون راجعا الى المقبوض على سوم الشراء قلت لانه لا يصح ح تفريع قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على ما قبله اذ لا يلزم من ان يكون المأخوذ بالعقد له حكم العقد ان يكون المقبوض على سوم الشراء كالمأخوذ بالعقد وهذا كما ترى

وممن

١٩٢

وممن ظهر المخالفة جدا بين كلاميه في المقامين صاحب الكافي فانه قال هنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة ولا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع التفاوت في الركوب واللبس والحمل فاذا لم يبين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى واما في مثال الزراعة فلانه سيأتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور انه لا يصح عقد الاجارة في استيجار الاراضي للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة ولا يخفى ان المفهوم منه ان الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزيلعي ما يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بامثلة وعد منها الزراعة حيث قال كاللبس والركوب والزراعة واما في مثال السكنى فلان سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيرهما ولهذا لا يدخل سكناهما في استيجار الدور والحوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى ايضا مما يختلف باختلاف المستعمل ويمكن ان يجاب عن هذا بان الاضرار بالبناء اثر الحدادة والقصارة لا اثر السكنى لان مجرد السكنى لا يؤثر في انهدام البناء فيضاف الانهدام الى الحدادة والقصارة كما بينه صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في امر خارج عنه والمثال هنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه قوله والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل في الاعارة دفعا للحاجة جواب عن قول الشافعي المنافع غير قابلة للملك وتقريره لا نسلم انها غير قابلة للملك فانها تملك بالعقد كما في الاجارة فيجعل في الاعارة كذلك دفعا للحاجة كذا في العناية وغيرها اقول فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تداركه الشافعي في دليله حيث قال في ذيل تعليله وانما جعلناها موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع المعدومة قابلة للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المص هنا جوابا عنه اللهم الا ان يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشيء لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشيء وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا يندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابلة للملك في العارية كما في الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المص هنا وقد مر الكلام فيه اقول لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من ابحاثه الثلثة التي اوردها في صدر كتاب العارية وقد دفعنا كله هناك لكنه ايضا لا يتمشى هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتام لان من شرط القياس كون الفرع نظير الاصل والمنافع ليست نظير الاعيان ولا شك ان المقيس والمقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظير الاصل قطعا قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة قال عامة الشراح اي ما ذكرنا من ولاية الاعارة للمستعير اذا صدرت الاعارة مطلقة اقول فيه اشكال لان المذكور في الكتاب هو ان للمستعير ان يعير المستعار اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فمعناه ان للمستعير ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان لاختصاص ولاية

فائدة وغيرها

الاعارة للمستعير اذا كان المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بان
ينتفع به المستعير بنفسه واما اذا صدرت الاعارة مطلقة فللمستعير ولاية الاعارة مطلقا اى سواء كان
المستعار مما يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف وهذا مما اطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المص
نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت
وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا انتهى قول المص وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير
ان يريد بكلمة هذا الاشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم لو لم يكن ما ذكر في الكتاب فيما قبل
مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قول المرتهن بل كان
ينبغي ان يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه قاطبة كما بيناه ومن العجب ان عامة
الشراح انهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المص بما ذكروا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره
جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للمحذور الذي ذكرناه فقال في شرح قول المص وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان للمستعير ان ينتفع بالعارية ما شاء
اذا اطلقت العارية انتهى اقول هذا الذي ذكره هذا الشارح وجعله ما يعود اليه الاشارة تمام لم يذكر فيما قبل
قط فكيف يصح ان يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المص ههنا ولا يشار باسم الاشارة الا الى المحسوس المشاهد
او الى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما تقرر في موضعه فكانه ذهب عنه ورطة ووقع في ورطة اخرى اشد من الاولى
والانصاف ان المص لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي بسط بان يقول والاعارة
على اربعة اوجه لكان احرى ولقد احسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال اولا وله ان يعير فيه خلاف
الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال هذه المسئلة على اربعة اوجه اما ان حصلت الاعارة مطلقة في حق
المنتفع بان اعار ثوبا للبس ولم يبين اللابس ودابة للركوب ولم يبين الراكب ودابة للحمل ولم
يبين الحامل وفي هذا الوجه له ان يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس
في الثوب والركوب في الدابة او لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت
الاعارة مقيدة بان استعار ليلبس بنفسه او ليركب بنفسه او ليحمل بنفسه فله ان يعير فيما لا يتفاوت
الناس في الانتفاع به كما في الحمل وليس له ان يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس والركوب ثم قال
وهذا هو الكلام في اعارة المستعير واما الكلام في انتفاع المستعار فهو على اربعة اوجه ايضا فذكرها كما ذكر المص
من الوجوه الاربعة قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه كما اذا استعار دابة ليحمل عليها
قفيزا من هذه الحنطة فحمل عليها قفيزا من حنطة اخرى او حمل عليها قفيزا من شعير هذا في الاستحسان وفي
القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم
اذا باع بالف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان انه لا فائدة للمالك في تعيين الحنطة اذ مقصوده

ونقع

دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة والتقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذا في الغاية
وغيرها اقول لقائل ان يقول ما ذكروا في وجه الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار فانه لم
ينفذ بيعه على ما صرحوا به مع ان ما ذكروا في وجه الاستحسان ههنا جار هنا كما ترى فينبغي ان ينفذ بيعه ايضا فتامل
قوله او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه اقول يرد على هذا التعليل اعني
التعليل لان حقيقة الاعارة منتفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود اذ قد صرحوا في صدر
كتاب العارية بان من شرطها كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها
مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجعلناها كناية عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف في عارية الاشياء المذكورة
اذ قد صرحوا بانها مضمونة بالهلاك من غير تعد من القابض فاذا لم يتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء
فلا تاثير فيها اصلا لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين نعم يفهم من مضمون
هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ الاعارة في مسئلتنا هذه مجازا او كناية عن معنى
الاقراض ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لان يكون علة لاصل المسئلة كما هو الظاهر من اسلوب التحرير فعليك بالتامل
الصادق قوله واما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة
المسماة اقول لقائل ان يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعا ايضا
فكيف يتم ما ذكرنا سابقا من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن ان يجاب بان المذكور سابقا بناء على الاكثر الاغلب
فالمراد انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الا باستهلاك عينها فيدار الحكم عند الاطلاق على ما هو الاغلب
واما عند تعيين الجهة فيظهر ان المقصود تحصيل المنفعة مع بقاء العين على ملكه فيعمل على ذلك فان قلت عبارة المصلحة
تساعد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضي انتفاء
امكان الانتفاع بها بالكلية بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد
بالاقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع قال صاحب الغاية اى نقصان البناء
والغرس على ان ما مصدرية ويجوز ان تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان
مرفوعين انتهى كلامه وتبعه الشارح العيني اقول لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي
نقص البناء والغرس انما هو القلع فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعير قلع البناء والغرس وليس هذا
بصحيح لان القلع ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقصة بالقلع ويمتنع
ايضا صحة المعنى على ذلك التقدير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعير القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه
فالوجه عندي ههنا رفع البناء والغرس لا غير اما على تقدير كون ما مصدرية فواضح واما على تقدير كونها
موصولة فبتقدير الضمير الراجع اليها على ان يكون تقدير الكلام وضمن المعير ما نقص البناء والغرس
غير بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كما ذكر في القاموس فقال صاحب الغاية

ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من
قيمته بيانه انه اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين
يرجع بها انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة ذكر بمعنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب
العناية غير انهما قالا بدل قوله يرجع بها فيرجع بثمانية دنانير فكان بعض العلماء اخذ مما قالا وخصه فاعترض على
ما ذكره صاحب العناية حيث قال فيه كلام وهو ان القلع وما نقص دينارين بل النقص ثمانية دنانير فينبغي ان يرجع بها
كما لا يخفى انتهى اقول لعل صاحب العناية اراد بقيمة النقض قيمة النقض فلم يكن قيمة النقض دينارين نقصان القيمة على
طريقة القلب ولا يخفى انه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين القيمتين بدينارين فيرجع بها
قطعا واما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانهما ارادا بقيمة النقض معنى قيمة الناقص فاذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين
يكون التفاوت بين القيمتين ثمانية دنانير فيرجع بثمانية دنانير وبهذا ظهر توجيه كلام كل منهما ما نقيق هؤلاء الشراح
واندفع ما اورده ذلك البعض من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى واجاب بعض الفضلاء عنه بوجه آخر حيث قال فاقول
الظاهر ان قوله قيمة النقض من اضافة الموصوف الى الصفة اي القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى كلامه اقول
ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة ولا اضافة الصفة الى الموصوف على المذهب المنصور المختار
كما تقرر في عامة متون النحو وشاع ان الموصوف لا يضاف الى الصفة ولا الصفة الى موصوفها وانما جواز ذلك مذهب سخيف
كوفي لا ينبغي ان يصار اليه في توجيه كلام الثقات على ان النقص فيما نحن فيه لا يصلح ان يكون صفة للقيمة الا بعد ان
يجعل بمجاز اعني المفعول بمعنى المنقوصة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك الفاضل ان يتشبث بذلك
المذهب السخيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد تقدم منه ذلك غير مرة ومع ذلك لم يتم معنى لطيف لما
كما يلوح به قوله ههنا فاقول الظاهر ان قوله قيمة النقض من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك
قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك اقول لقائل ان يقول اذا كان
وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي ان لا تؤخذ الارض منه ههنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة
للحقين والجواب ان المراد ان الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز ان لا يقلعه
المستعير في تمام ذلك الوقت بل ما بعد منه لحيا ثم نفسه او بائع ينفعه عنده فيلزم ان يتضرر المالك بخلاف
الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتاخر عنها بالضرورة فافترقا واما ما قال بعض الفضلاء من ان الضرر لصاحب
البناء والغرس متعين سواء وقت او لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع
فليس بتام لان تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز ان يسكن صاحب البناء في البناء شتاء
ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا
وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقلع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير
الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس اصلا ومما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قوله

ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور لانه اذا لم يوقت
صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعارة له توقيتا قلنا البناء قد يبنى لمدة قليلة بان
يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تامل
ترشد قوله لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للموجر معنى فلا يكون
عليه مؤنة رده قال صاحب النهاية فان قيل كما ان المنفعة سالمة للموجر فكذلك هي سالمة للمستاجر ايضا وهي الانتفاع
بمنافع العين المستاجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للموجر مال حقيقة وحكما وما حصل للمستاجر منفعة وليس بمال
من كل وجه فكان اعتبار منفعة الموجر اولى والى هذا اشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات
الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستاجر المنفعة عائدة الى الآجر لانه يتوصل به الى ملك الاجر اكثر ما في ان لكل واحد
منهما فيه منفعة لكن منفعة الآجر اقوى لانه مالك العين وملك المستاجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين
انتهى وقد اخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بان المستاجر قد انتفع بمنافع العين المستاجرة
لان منفعة الآجر عين ومنفعة المستاجر منفعة والعين لكونه متبوعا اولى من المنفعة انتهى اقول في الجواب
نظر اذ الظاهر ان مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الآجر عين هو الاجرة كما صرح به في الكافي والاجرة
لا يلزم ان تكون عينا البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بان الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينا وقد
تكون منفعة من خلاف المعقود عليه فلم يصح القول بان منفعة الآجر عين على الكلية فلم يتم الجواب قوله
وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها قال صاحب العناية في تحرير هذا المقام وفي القياس هو
ضامن لانه تضييع لانه رد وصار كرد المغصوب والوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب
فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى
بالرد الى عياله لما اودعها اياه انتهى كلامه اقول هذا تحرير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب
الى آخر كلامه انما يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي ان يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى
ولهذا لم يذكره احد سواه ههنا بل انما ذكروه في محل فيما سياتي كما ترى

كتاب الهبة

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب
لان فيها تمليك العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تحصى ولا تخفى على ذوي النهى فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال
انك انت العزيز الوهاب وهذا يكفي لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة اصلها من الوهب والوهب بتسكين الها وتحريكها
وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي يحذف اوائلها ويعوض في اواخرها
كذا ذكره في النهاية ومعراج الدراية
التاء ومعناها ايصال الشيء الى الغير بما ينفعه سواء كان مالا او غير مال يقال وهب له مالا وهبا وهبة ويقال وهب الله فلانا
ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من لدنك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهبه منه ويسمى الموهوب هبة
وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره واما في الشريعة

فهي تمليك المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون اقول يرد عليه النقض عكسا بالهبة بشرط العوض
كما ترى ولم ار احدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لايراده مع ظهور
وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد الى الجواب عنه حيث قال في متنه هي تمليك عين بلا عوض اي
في شرحه اي بلا شرط عوض لا ان عدم العوض شرط فيه لئلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فتدبر انتهى كلامه قوله
فيه نظر اذ لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا اشتراط عوض ليعم ما كان بشرط العوض
من الهبة بنا على ما تقرر في العلوم العقلية من ان بلا اشتراط شيء اعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء لكان تعريف
الهبة صادقا على البيع ايضا كما لا يخفى فلزم ان ينتقض بطرده على عكسه في المعنى الظاهر فلا يفيد في المحذور
بتكلف بل يشتد ثم اقول يمكن الجواب عن اصل النقض بانه يجوز ان يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف
الهبة بلا اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض الا انها ليست
الاكتساب بل لابتداء نعم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب
الهبة بشرط العوض ثم اقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو انه يصدق على الوصية بالمال فانها ايضا تمليك المال بلا
اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار ولو زاد قيد في الحال فقالوا هي تمليك المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فان الوصية
تمليك بعد الموت لا في الحال قوله وتصح بالايجاب والقبول الخ قال صاحب النهاية تصح بالايجاب وحده في حق
الواهب وبالايجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار والوصية
ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض وثمرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة من كتاب الايمان في قوله ومن حلف
ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه بخلاف البيع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما
هو دابه في اكثر المحال ونسج صاحب غاية البيان معنى المقام على هذا المنوال ايضا وعزاه الى الحصر والمختلف وبني
صاحب العناية ايضا كلامه هنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقد
اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف ولهذا لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه بخلاف
البيع واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع انتهى والشارح
العيني ايضا اقتفى اثر هؤلاء وبالجملة اكثر الشراح هنا على ان الهبة تتم بالايجاب وحده اقول هذا الذي
ذكروه وان كان مطابقا لما ذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الايمان فانه قال هناك ومن حلف ان يهب عبده
لفلان فوهب ولم يقبل بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع
ولهذا يقال وهب ولم يقبل انتهى الا انه غير مطابق لما ذكره في هذا المقام لان قوله اما الايجاب والقبول فلانه عقد
والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بمنزلة التصريح في ان عقد الهبة لا يتم الا بالايجاب والقبول كسائر العقود
ويشهد بهذا ايضا قوله والقبض لا بد منه لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع
ولكن لا يملكه الموهوب له الا بالقبول والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا اشترع به فعنده لم

ذو وصيح ثم ان صاحبا النهاية ومعراج الدراية قد كانا صرحا قبيل هذا الكلام بان ركن الهبة هو الايجاب والقبول وفي
ان ذاك التصريح منهما ينافي القول منهما هنا بان الهبة تتم بالايجاب وحده اذ لا شك ان الشيء لا يتم ببعض اركانه بدون
حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي وصاحب الكفاية سلكا هنا مسلكا آخر
فقالا ركنها الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير
بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما منع
نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير انتهى كلامهما اقول هذا التقرير وان كان مناسبا
لما ذكره المصنف هنا الا انه غير ملائم لما ذكر في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما نقلناه انفا وايضا يرد عليه ان
التعليل المذكور للحنث فيما لو حلف ان لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضي ان يحنث ايضا فيما لو حلف ان لا يبيع فباع
ولم يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الايجاب لا القبول مع انه لا يحنث في صورة البيع كما صرحوا به والحاصل
ان كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان واما ركنها فقد اختلف
المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب وهو قوله وهبت فلم يجعل قبول الموهوب
له ركنا لان العقد ينعقد بمجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث
في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الايجاب والقبول ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول
الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب له فليس بركن
استحسانا والقياس ان يكون ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض ايضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر
فيمن حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه له فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول
ما لم يقبل ويقبض واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشيء لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث الى هنا كلامه
قوله ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح يعني
لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به ايجاب
شيء لم يتبرع به يخالف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروح ورد بان المتبرع
بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع
في صوم او صلاة لزمه الاتمام واجيب بانه مغالطة فان ما لا يتم الشيء الا به فهو واجب اذا كان ذلك الشيء واجبا
كما ذكرتم من الصور فانه يجب بالنذر او الشروع وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاء
فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية اخذا من النهاية اقول فيه
كلام اما اولا فلان قوله فانه لو وهب وسلم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض
عنها وبغيرهما مما تحقق فيه المانع عن الرجوع كما سياتي واما ثانيا فلانه اذا جاز له الرجوع قبل التسليم وبعده
لم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ بجواز الرجوع قبل التسليم ينتفي لزوم

التسليم فمن اين يجب الزام التسليم فليتامل في الدفع قوله ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف
عليه ثبوت حكمه وهو الملك قال الشارح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع
من انه حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط واشار اليه
في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا ادري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم الايجاب التام انتهى
اقول لعل المانع عنه امران احدهما ان المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء ان يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما
اذا كانا في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلا منهما يعطي حكم نفسه بنفسه فلا ياخذ احدهما حكم الاخر فلا
يوجد نزول احدهما منزلة الاخر وقيامه مقامه بخلاف ما اذا كانا في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع
فانه يجوز ح ان ياخذ احدهما حكم الاخر فيكون بمنزلته وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة
القبول في البيع اخذ حكم القبول في البيع وثانيهما ان التوقف وان لم يستلزم الايجاب التام الا ان القبول في الهبة
كما لا يوجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه ايضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه
لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزيلعي في التبيين و
ذكر في الذخيرة ايضا فلا يصح ان يقال ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو
الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا ينعقد عقد البيع اصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه
الثاني قطعي في المنع كما يرى وطعن صاحب الغاية في قول المص ولنا ان القبض الخ حيث قال وكان ينبغي ان يقول وجه
الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا انتهى وقصد الشارح
العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا ناسب ان يقول ولنا
وان لم يصرح بذكر الشافعي انتهى اقول ان تحقق خصم ياخذ القياس في هذه المسئلة مما يجوز ان يقول ولنا
اعماد اليه وقوع نزاع في هذه المسئلة واما مناسبة هذا القول وحسنه فانما يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فيما قبل
كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مواخذة المص بتفويته المناسبة في تحريره لا نفي الصحة والجواز عن كلامه
بالكلية فلا يرد عليه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعترض على الدليل المزبور بانه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح
بالقبض بعد المجلس كما لا يصح امر البائع المشتري بالقبول بعد المجلس واجيب بان الايجاب من البائع شطر العقد ولهذا
لو حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث فاما ايجاب الواهب فعقد تام بدليل انه لو حلف لا يهب فوهب ولم يقبل
يحنث استحسانا فيقف على ما وراء المجلس فيصح الامر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة
الشروح وغرابتها في النهاية ومعراج الدراية الى المختلفات اقول في الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السؤال
المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال النقض في المقدمة القائلة ان القبض بمنزلة القبول بانه لو كان كذلك لما صح في القبض
ما لا يصح في القبول من التاخير الى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين ايجاب الواهب وايجاب البائع بان الاول
عقد تام والثاني شطر العقد وجعل هذا الفرق مدارا لصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالامر

بعد المجلس

قوله وقد اورد عليه صاحب الغاية بان القبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يقوم مقامه انتهى

قال في الذخيرة في فتاوى ابي الليث قال ابو بكر اذا قال الرجل لغيره وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر فقبضه الموهوب له ولم يقل قبلت جازت الهبة وكذلك لو كان العبد غائبا فذهب وقبضه ولم يقل قبلت جازت قال الفقيه ابو الليث وبقول ابي بكر ناخذ

بعد المجلس في البيع وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا
لا يدفع القدح في قولهم ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرره في ذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلانهم صرحوا بان
الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لافتقاره ايضا الى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا
عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى ان الجواب المذكور لا يمشي في تلك الصورة راسا لان الايجاب في البيع
الصحيح والايجاب في البيع الفاسد سيان في كونهما شطر العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك واورد بعض الفضلاء
على الجواب المذكور بوجهين اخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب وايضا
هذا الكلام يناقض ما تقدم من المص من انه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول انتهى اقول كلا
وجهي بحثه ساقط اما الاول فلان الملازمة في قوله لو صح ما ذكر لجاز القبول بعد المجلس بامر الواهب مسلمة
واما بطلان التالي فممنوع اذ قد ذكرنا فيما مر آنفا انه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول
صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة ايضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول اصلا فلان يصح بالقبول
بعد المجلس بامر الواهب اولى كما لا يخفى واما الثاني فلانا قد نقلنا عن البدائع فيما مر ان ركن الهبة هو الايجاب
من الواهب واما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس ان يكون ركنا فمدار الجواب المذكور على الاستحسان
ومدار ما تقدم من المص على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المص نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الايمان
بان الهبة عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقل لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجب
التوفيق بحمل احدهما على القياس والاخر على الاستحسان قوله والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه
تسليطا على القبض يعني ان مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له واذا كان كذلك فيكون
الايجاب منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان
مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم اذا تم الايجاب والقبول هناك والبيع صحيح
لا يجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض حتى ان المشتري لو قبض المبيع بغير اذن البائع قبل نقد الثمن كان
للبائع ان يسترده ويحبسه حتى ياخذ الثمن واجيب بانا لا نسلم ان مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك
للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمني لا قصدي فلا معتبر به كذا في
الشروح اقول لا يدفع النقض المذكور راسا اذ لو سلم ان مقصود البائع من ايجاب عقد البيع هو ثبوت
الملك للمشتري فذاك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط
لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل ايجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل
الهبة كما تقرر قوله بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول
يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به اقول لقائل ان يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم
العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفا لا من جميع الحيثيات

الا ان القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فانه ركن
داخل لا يتم العقد بدونه واذا كان كذلك فلا يلزم من ان يتقيد القبول بالمجلس ان يتقيد ما يلحق به من الجنسية المذكور
بالمجلس ايضا فان تقيد القبول بالمجلس من احكام كونه ركنا داخلا في العقد ولهذا لا يصح القبول بعد المجلس من
البائع ايضا فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقا بالقبول من جهة كونه
موقوفا عليه لثبوت حكم العقد والا يلزم ان لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن ايضا فتامل والاولى في تقرير وجه
الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب
على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب
على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع
جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول لتقتضي بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت اقتضاء
يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس
لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصا لان الثابت
نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى قوله اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف
الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين قال صاحب غاية البيان ولنا في تقريره صاحب الهداية نظر لانه
قال ان الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي ان يكون المراد من الاطعام
في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام مما يؤكل
عينه فكان الاطعام في الاية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم انتهى كلامه اقول يمكن الجواب عن هذا
النظر بان مراد المص بالاضافة الى ما يطعم عينه ان يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولا ثانيا للاطعام
وفي اية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام فيها على اصل وضعه وهو الاباحة ويرشدك الى هذا
التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في اوائل التقسيم الرابع وفي قوله تع اطعام عشرة مساكين
اشارة الى ان الاصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعما لا جعله مالكا
والحق به التمليك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فاقيم التمليك مقامها انتهى وقال
في التلويح واما نحو اطعمتك هذا الكلام فانما كان هبة وتمليكا بقرينة الحال لانه لم يجعل طاعما فالحاصل
والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك والا فللاباحة انتهى تامل ترشد ثم انه قد ذكر
في المحيط البرهاني نقلا عن الاصل واذا قال اطعمتك هذه الارض فهو عارية ولو قال اطعمتك هذا
الطعام فان قال فاقبضه فهو هبة وان لم يقل فاقبضه يكون هبة او عارية انتهى اقول
لا يذهب على ذي فطنة ان اطلاق رواية الكتاب وتعليل المص بما ذكر لا يطابقان رواية الاصل
لان الظاهر منهما ان يكون قوله اطعمتك هذا الكلام هبة مطلقا ورواية الاصل صريح في ان قوله

المذكور

المذكور انما يكون هبة اذا قيد بقوله فاقبضه واما اذا لم يقيد بذلك فيحتمل الامرين اي الهبة والعارية
وان النظر المذكور لا يتجه اصلا على ما في رواية الاصل لان التمليك انما يستفاد على تلك الرواية من قوله
فاقبضه لا من لفظ الاطعام فلا ينافي ان يكون الاطعام في اية الكفارة على اصل وضعه وهو الاباحة
قوله بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتها
اقول لقائل ان يقول كون الارض مما لا يطعم عينه انما يقتضي ان لا يكون الاطعام المضاف اليها على حقيقته
ولا يقتضي ان لا يراد به تمليك العين مجازا كما اريد به ذلك اذا اضيف الى ما يطعم عينه فانهم حملوا هناك على تمليك
العين مع ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما اي آكلا لا جعله مالكا كما صرحوا به والجواب انه وان امكن ان يراد
بالاطعام المضاف الى مثل الارض تمليك العين مجازا لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك وانما المتعارف
فيه ان يراد اطعام الغلة على طريق ذكر المحل وارادة الحال كما ان المتعارف فيما اذا اضيف الاطعام الى ما
يطعم عينه ان يراد به تمليك العين وكلام العاقد انما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر قوله
وكذا اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا قال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلان حرف اللام
للتمليك واقتفى اثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان اقول الظاهر ان قول المص هنا اشارة الى
قريبه وهو قوله فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده ويدل على هذا ذكر هذه
الصورة في ذيل الثالث اذ لو كان مراده ما قاله الشارحان المزبوران لذكرها في ذيل الثاني بل لو كان مراده
ذلك لما ذكرها اصلا اذ قد سبق ذكر ما اذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي تعاله واما الثاني فلا يرى
اثر فرق بينه وبين ما اذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى الا باشتمال هذه الصورة على لفظة عمرى
دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك للتمليك لا كون لفظة العمرى لاثبات الملك للمعمر له
كان ذكر هذه الصورة مستدركا كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته لقال لما روينا كما هو دابه عند قصد
الاشارة الى السنة قلت كان الشارحين المزبورين اغترا بذلك ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة
عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه السلام لا عن نفس الحديث وقد اشرنا اليه في تحرير مراده فتبصر قوله واما
الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك
فيحمل عليه عند نيته يعني ان الحمل تصرف في المنفعة فيكون عارية الا ان يقول صاحب الدابة اردت الهبة لان هذا اللفظ
قد يذكر لتمليك العين فاذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه عملت نيته قال في الكفاية فان قيل كيف يستقيم قوله
ان حقيقة الاركاب وقد ذكر في العارية ان قوله حملتك لتمليك العين قلنا حقيقته الاركاب نظرا الى الوضع وهو
لتمليك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هنا في معنى الاسم المشترك انتهى وذكر
صاحب العناية نحو ذلك بعبارة اخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لانهما لتمليك العين
وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع مجازا لما اشرنا اليه هناك ان قوله لانهما لتمليك العين يعني في العرف

فاستعماله في المنافع مجاز عرفي فيكون قوله هنا لان الحمل هو الاركاب حقيقة يعني في اللغة فاستعماله في الحقيقة
العرفية مجاز لغوي انتهى اقول بقي الكلام وهو انه قد تقرر في كتب الاصول انه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز
متعارفا فعند ابي حنيفة رح المعنى الحقيقي اولى والعمل به وعندهما المعنى المجازي اولى والعمل به واما اذا كانت الحقيقة
مهجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا فاذا عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة مهجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور
يلزم ان يكون العمل عند ابي حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الاركاب وعندهما بما هو المستعمل فيه بحسب العرف
وهو تمليك العين فينبغي ان يحمل الحملان على العارية عند عدم ارادة الهبة على اصل ابي حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم
ينوها على اصلهما مع ان وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر الكتب المعتبرة على الاول من غير ان يذكر الخلاف
في شيء منها فليتأمل ثم ان صاحب الكفاية قال ان هنا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل
فيه حتى يترجح احد معنييه او معانيه بالادلة او الامارات على ما تقرر في علم الاصول وفيما نحن فيه ان نوى الهبة
يحمل عليها وان لم ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فاين هذا من ذلك قوله ولو قال منحتك
هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل يعني ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة
كذا في الشروح اقول هنا كلام اما اولا فلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة
الحملان وعدم تقييدها بعدم ارادة الهبة ان يكون قوله منحتك هذه الجارية عارية وان نوى المنحة
الهبة وقد ذكر في كتاب العارية ان قوله منحتك هذا الثوب وقوله حملتك على هذه الدابة عارية اذا
لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا فكان
بين كلاميه في المقامين نوع تناف واما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة بما ذكره في كتاب العارية من قوله
عليه السلام المنحة مردودة منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقلا عن الاصل انه اذا قال منحتك هذه الدراهم
او هذا الطعام فهو هبة ولو قال منحتك هذه الارض او هذه الجارية فهو عارية فقال في الاصل ان لفظ
المنحة اذا اضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة واذا اضيفت الى ما يمكن الانتفاع به
مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة المعتبرات وقوله عليه السلام المنحة مردودة لا يفرق
بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به ينتقض بالفصل الاول فتأمل في التوجيه قوله لان قوله
تسكنها مشورة وليس بتفسير اذ الفعل لا يصلح تفسيرا للاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة
الشراح قال تاج الشريعة لان قوله تسكنها فعل المخاطب فلا يصلح تفسيرا لقول المتكلم ونقله صاحب الغاية
نقلا بعد ان ذكر مختار العامة اقول ليس هذا بصحيح لان قوله تسكنها ليس بفعل المخاطب
وانما فعل المخاطب السكنى الذي دل عليه لفظ تسكنها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير
فهل يقول العاقل ان لفظ المتكلم فعل المخاطب قوله وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك
فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية قال صاحب الغاية في حل هذا الكلام

وهذا

وهذا اي الجواز باعتبار ان المشاع قابل لحكمه اي لحكم عقد الهبة وهو الملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل
لحكم عقد يصلح ان يكون محلا له لان المحلية عين القابلية او لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من اهله مضافا
الى محله ولا مانع ثمة فكان جائزا فان قيل لا نسلم انتفاء المانع فانه عقد تبرع فلم لا يجوز ان يكون الشيوع
مبطلا اجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهد ذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بان دفع الف
درهم الى رجل على ان يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشركته وبان اوصى لرجلين بالف درهم
فان ذلك صحيح فدل على ان الشيوع لا يبطل التبرع حتى تكون مانعا انتهى كلامه اقول تعسف الشارح
المذكور في بيان هذا من وجوه الاول انه جعل لفظ هذا في قول المص وهذا لان المشاع اشارة الى جواز
عقد الهبة فيقتضي هذا ان يكون قول المص وهذا لان المشاع الخ دليلا على اصل مدعى الشافعي وهو
قوله يجوز في الوجهين فيكون دليلا ثانيا عليه فكان ينبغي ان يقول ولان المشاع بدل قوله وهذا
لان المشاع والثاني انه ارتكب تقدير مقدمات حيث قال فكان العقد صادرا من اهله مضافا الى محله ولا
مانع ثمة فكان جائزا والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى الجواز والثالث انه حمل قول المص وكونه
تبرعا الخ على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع ثمة والحق
عندي ان مقصود المص من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق وهي قوله فيصح في المشاع
لا اثبات اصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى وهذا اي صحته في المشاع او كونه
صحيحا في المشاع لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له فلا يلزم حينئذ الوجه الاول من وجوه التعسف
اللازمة لتقرير صاحب الغاية اما الاول منها فظاهر جدا واما الثاني فلسقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره
من المقدمات الزائدة كما يظهر بادنى التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال
يرد على الدليل المذكور بطريق المعارضة وهو ان يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في
المشاع لزم في ضمنه وجوب ضمان القسمة على الواهب بل يتبرع به فيكون الزاما عليه ما لم يلتزمه وهو باطل
فقال كونه عقد تبرع لا يمنعه الشيوع كالقرض والوصية يعني ان الشيوع في القرض كما لا يمنع كونهما
عقد تبرع كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث ايضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب
الغاية وهو حمل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر قوله ولان
في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة يعني ان في تجويز عقد الهبة في المشاع الزام الواهب
شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز لزيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي
لان اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضار من الضرر لم يكن مرضيا اجيب
بان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز ان يكون راضيا بملك المشاع وهو لا يقتضي القسمة
ولا يستلزمها كذا في الغاية اخذا من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني اقول في الجواب

بحث لانه اذا لم يكن الملك الشائع قسمة ولا يستلزمها لم يتم نفس هذا الدليل على قوله ولانه في تجويزه الزامه شيئا لم
يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجويز هبة الشيء انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو ثبوت الملك للموهوب له
وشيئا يستلزمه حكمها واما ما ليس بحكم الهبة ولا شيئا من لوازم حكمها فلا يستلزمه تجويز الهبة في شيء فاذا لم تكن القسمة
نفس حكم الهبة ولا شيئا يستلزمه حكمها فاني يلزم من تجويز هبة الشائع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه ما لم
يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك الشائع وهو الذي ذكر في الجواب واما حكم الهبة هو الملك المفرز وهو
يستلزم القسمة لانا نقول لا نسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفرز بل حكمها هو الملك مطلقا الا يرى ان هبة الشائع
الذي لا يحتمل القسمة جائزة بالاتفاق وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفرز بلا ريب بل هو الملك
الشائع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفرز لم يصح قول المجيب ان المرضي منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها
لان من اقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعا فلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفرز تعين الرضى منه بما يستلزم القسمة
وهو الملك المفرز هنا واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا
طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه على ان له ان يرجع عن هبته ولا يلزمه المؤنة فليتامل انتهى قول كل واحد
من اصل بحثه وعلاوته ساقط اما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه اباؤه الا ان
طلب شريكه اياها غير متعين بل محتمل والاقدام على العقد انما يقتضي الرضى بما هو من ضروريات ذلك العقد ولوازمه
لا بما هو من محتملات ذلك واما الثاني فلان في رجوعه عن هبته ضررا آخر وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم ان يتوقف
دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجويز هبة الشائع الزام الواهب احد
الضررين وذلك لا يجوز وايضا هل يجوز العاقل ان يكون بناء جواز هبة الشائع على جواز الرجوع عنها
اوليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيها الموانع
عن الرجوع كما سيأتي في الكتاب فيلزم المحذور في مثل ذلك ثم اقول بقي شيء في اصل هذا التعليل وهو ان واهب
الشائع اما ان يرضى بالقسمة او يمتنع عنها فان رضي بها كان ملتزما اياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزامه
ما لم يلتزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند ابي حنيفة لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممتنع عنده
على ما يجيء في كتاب القسمة فلم يتمش هذا التعليل على قوله **قوله** والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة
لاقت العين هذا جواب عن سؤال مقدر تقريره انه اذا لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهاياة
وفي ايجابها الزام ما لم يلتزم ومع ذلك العقد جائز فليكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فاجاب بان المهاياة
تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهاياة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع انما لاقت العين
ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما
في جملة الشروح واقول فيه هنا نظر قال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل ان يقول الزام ما لم يلتزم الواهب بعقد الهبة
ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب تخصيصه بذلك ويدفع

التحكم

التحكم بان في عوده الى ذلك الزام زيادة شيء هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غيره ذلك
لان المهاياة لا تحتاج اليها انتهى كلامه اقول لا يرى في الجواب الذي ذكره كثير طائل في دفع سؤال السائل لان حاصله
ان في عوده الى ما تبرع به الزامه اخراج شيء هي اجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهاياة فلقائل ان يقول ان لم يكن في
المهاياة الزامه اخراج شيء من ملكه ففيه الزامه ان لا ينتفع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول اكثر ضررا من الثاني مطلقا غير
مسلم فكم من منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون اعز واشرف من مقدار شيء يصير اجرة قسمة فتكون ازالتها عن الانتفاع
بها اشق على الانسان واكثر ضررا من اخراج مقدار شيء يصير اجرة قسمة عن ملكه واما الزيادة على العين الموهوبة
فمتحققة في الصورتين معا غير ان الاولى عليها في احديهما العين وفي الاخرى المنفعة والاظهر في الجواب عندي ان يقال
تخصيص ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لان المحذور في الزامه ما لم يلتزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم
المنافاة فان التبرع ضد اللزوم فهما لا يجتمعان في محل واحد وفيما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا يلزم المنافاة فان
المهاياة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يصادف الالزام والتبرع اذ ذاك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم
ان صاحب غاية البيان بعدما بين مراد المصنف على النهج المزبور قال والجواب الصحيح ان يقال هبة الشائع فيما لا
يحتمل القسمة لما لم يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك الى الزام التهايي فنقول لا نسلم
لان التهايي ليس بواجب لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة انتهى كلامه اقول
لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التهايي يجب ويجري فيه جبر القاضي اذا طلبه احد الشركاء سيما فيما لا يقسم
نص عليه في عامة الكتب وسيأتي بيان ذلك في فصل المهاياة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد
منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بان القياس يأباه ولكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب
يوم معلوم وهو المهاياة بعينها وللحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة فقولهم في هبة
المشاع فيما لا يحتمل القسمة يؤدي ذلك الى الزام التهايي مما لا يقبل المنع اصلا **قوله** واذا كانت العين
في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا الى قوله لان قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه والاصل في ذلك
ان تجانس القبضين يجوز نيابة احدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز نيابة الاعلى عن الادنى دون العكس فاذا كان
الشيء وديعة في يده تحقيقا او عارية فوهبه اياه لا يحتاج الى تجديد قبض لان كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا
متجانسين ولو كان بيده مغصوبا او ببيع فاسد فوهبه اياه لم يحتج الى التجديد لان الاول اقوى فينوب
عن الضعيف ولو كانت وديعة فباعه منه فانه يحتاج اليه لان قبض الامانة ضعيف فلا ينوب عن قبض الضمان
كذا في العناية وغيرها اقول يرد على ظاهر قوله او ببيع فاسد فوهبه اياه ان البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري
عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع واشار اليه المصنف فيما نحن فيه بعد اسطر بقوله او في ملك
غيره في قوله لانه في يد غيره او في ملك غيره على ما صرح به الشراح قاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع
فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه اياه بعد قوله او ببيع فاسد فالجواب انه قد مر ايضا في باب البيع

الفاسد ان لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسخه قبل القبض وبعده رفعا للفساد فالمراد بقوله فوهبه اياه في
في البيع الفاسد بعد ان فسخ العقد فحينئذ ينتقل الملك الى البائع فيصح هبته اياه بل لا يبعد ان يجعل نفس الهبة فسخا
للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا المحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية او ببيع فاسد بقوله
بلا اذن البائع وقال فلا يرد ان المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكا للقابض على ما سيجيء بعد اسطر فكيف
يصح هبته انتهى اقول لا يخفى على ذي فطنة انه لا حاصل لما ذكره اذ لا يتصور بيع فاسد بلا اذن البائع
لان البيع مطلقا لا ينعقد الا بايجاب وقبول والايجاب هو الاذن من البائع لا يقال يحتمل ان يكون مراده
بالبائع في قوله بلا اذن البائع هو المالك فيجوز ان يبيع فضولي مال احد بغير اذن مالكه بيعا فاسدا ويقبضه المشتري
لانا نقول فان اذن له المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع اي المالك وان لم ياذن له فيه لا ينعقد البيع اصلا فيكون
يد القابض يد الغصب او يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر قوله وكذلك كل من يعولها
اي قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والاجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية وفيه
يعد وخدوش بعدها البيان اطلق في الكتاب بجواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ومختصر الكرخي ان ولاية
القبض لهؤلاء اذا لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد الاب بعد الاب ووصيه فاما مع وجود
واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء
ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض
من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له لا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية
يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل واري انه لم يطلق و
لكنه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذا اذا وهب له امه وهو
مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف ايضا لكنه اقتصر عن ذكر الجد ووصيه للعلم
بان الجد الصحيح مثل الاب في اكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب انتهى كلامه اقول ليس هذا بتوجيه صحيح
اذ قد تقرر في كتب العربية ان القيد اذا كان متقدما على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة
سرت وضربت زيدا وليس في ذلك تقطع وكتب المسابق الى الفهم في الخطابات واما اذا كان متأخرا عن المعطوف عليه
فلا يفهم منه تقييد المعطوف به ايضا اصلا وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به
في شيء فيضمحل ما توهمه صاحب العناية قوله ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير حاضر حيث
لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق
بقوله ويملك مع حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة ابيها في الصحيح كان
هذا احتراز عما ذكر في الايضاح بقوله وقال في هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا وقال
انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة

ليست رواية النوع حتى يقع قوله في الصحيح احترازا عنها انتهى كلامه واقتفى اثره صاحبا العناية ومعراج الدراية اقول
فيه نظر لان شيخ الاسلام خواهر زاده قال في مبسوطه فمن المشايخ من سوى بين الزوج وبين الاجنبي والام
والجد والاخ وقال لا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالهم وان كان الاب حاضرا كما في الزوج ومنهم من فرق
وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الاجنبي يجوز
قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكرنا لا قائد بحق القبض حالة غيبة الاب اذا كان
الصغير في عيالهم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه ان في قوله
بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب وغيبته غيبة منقطعة قولا
آخر يخالف القول المذكور فيصح ان يقع قوله في الصحيح احترازا عنه كما لا يخفى وانا اتعجب من صاحب الغاية
انه بعد ان ادرى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا
في غاية البيان مع تفصيلات اخر بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذكر الهمام كيف تبع رأي صاحب
النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقا بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيدا من حيث اللفظ
والمعنى اما بعده من حيث اللفظ فظاهر لا تدري يقع ح فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة
تدعو اليه واما بعده من حيث المعنى فلانه لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح
من ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حيا لقال ويملكه مع حيوة الاب بدل قوله ويملكه مع حضرة
الاب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحيوة تامل تقف قوله ولان الملك يثبت لكل
واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع قال
صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف وغير ممتاز
فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة الا لذلك
واذا ثبت الملك مشاعا وهو حكم التمليك ثبت التمليك كذلك اذ الحكم يثبت بقدر دليله وهذا
استدلال من جانب الملك انتهى فرد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقريرا الدليل على ما قرره
الشارح لغا قول المصنف فيكون التمليك كذلك وقال والظاهر من سياق المصنف ان كلا الدليلين
استدلال من جانب التمليك انتهى اقول كما ترى فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من
جانب الملك ان مراده ان هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فاورد عليه انه لغا ح قول المصنف
فيكون التمليك كذلك وليس كذلك بل مراده ان مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك فيصح عنده
من الابتدائية وفي قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي ان يتفرع عليه كون التمليك ايضا كذلك
فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم ان قوله والظاهر من سياق المصنف ان كلا الدليلين استدلال
من جانب التمليك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب قوله ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثها و

وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه
عن ابي يوسف فيه روايتان اعلم ان التفصيل في الهبة اما ان يكون ابتداء من غير سابقة الاجمال او يكون
بعد الاجمال فان كان الاول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين او بالتساوي
كالتنصيف وان كان الثاني لم يجز عند ابي ح مطلقا اي سواء كان متفاضلا او متساويا وجاز عند
محمد مطلقا وفرق ابو يوسف بين المفاضلة والمساواة ففي المفاضلة لم يجوز وفي المساواة جوز في
رواية وقد اشار اليه المص بقوله عن ابي يوسف فيه روايتان ثم ان صاحب النهاية جعل قول المص ولو
قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتدائيا حيث قال فلو فصل
ابتداء بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بان قال لاحدهما وهبت لك نصف الدار ولهذا نصفها
لم يجز بلا خلاف بكذا ذكر في عامة النسخ من الذخيرة والايضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن ابي يوسف فيه
روايتان انتهى كلامه فقال صاحب الغاية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية هنا وليس هذا بظاهر لان
المص عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر انه ليس ابتدائيا انتهى اقول يرشد اليه ما قاله صاحب الغاية
ان المص قال اولا ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفه وللآخر نصفه اذ لو كان
مراده العطف على اول المسئلة الاولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتداة فيجب ان يقول
ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم ان مراده العطف على ما في اخر المسئلة
الاولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الاولى
بطريق المفاضلة وفي الاخرى بطريق المساواة

باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة
ثبوت الملك للموهوب له ملكا غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج الى بيان مواضع الرجوع وموانعه وهذا
بابه **قوله** واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى
القيود اي اذا وهب هبة لاجنبي او لذي رحم ليس بمحرم او لذي محرم ليس برحم وسلمها اليه ولم يقترن بها
ما يمنع الرجوع من الزوجية والعوض والزيادة وغيرها حالة عقد الهبة فله الرجوع فيها اما بالقضاء او بالتراضي
من غير استحباب بل هو مكروه ثم بين وجه كون هذه القيود محتاجا اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية
والمراد بالاجنبي ههنا من لم يكن ذا رحم محرم منه فخرج منه من كان ذا رحم وليس بمحرم كبني الاعمام و
الاخوال ومن كان محرما ليس بذي رحم كالاخ والرضاعي وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان
ولا بد من قيدين اخرين احدهما وسلمها اليه والثاني لم يقترن من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله
تركهما اعتمادا على انه يفهم ذكره في اثناء كلامه اقول في قوله وخرج بالتذكير في قوله وهب واجنبي الزوجان
خلل فاحش اذ لو قصد بالتذكير في قوله وهب واجنبي اخراج المؤنث لخرج من هذه المسئلة كل هبة
كانت بين الامرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة ولم يبق فيها الا الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى

فساد ذلك

فساد ذلك بل الصواب ان التذكير الواقع في هذه المسئلة ليس لاخراج المؤنث وانما هو للجري على ما هو المتعارف في
امثالها من تغليب الذكور على الاناث كما في خطابات الشرع على ما تقرر في علم الاصول وان الزوجين انما يخرجان منها المسئلة
بثاني القيدين اللذين اعترف الشارح المزبور ايضا بانه لا بد منهما واعتذر عن تركهما بما ذكره وذلك انه لم يقترن من موانع
الرجوع شيء حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع ثم اقول لا مانع اذ يمنع انفهام القيد الاول
من ذكر القيدين في اثناء كلام القدوري في مختصره والعهدة في هذه المسئلة على القدوري لانها من مسائل مختصره
فتامل **قوله** ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض لا يقال يجوز ان يكون المراد
منه ما قبل التسليم فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على المال وذا لا يكون قبل القبض
والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق بها وهذا يقتضي ان يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولانه
لو كان كذلك لخلا قوله ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو احق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وحكى
ذكر في العناية ايضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلثة المذكورة في الجواب وقد اشار في الكافي ايضا الى تلك الوجوه الثلثة
حيث قال ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لانها
لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم واضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له كرجل يقول اكلنا خبز فلان الخباز
وان كان اشتراه منه ولانه اثبت للواهب حقا اغلب من حق الموهوب له ولا يجتمع الحقان وحق
الواهب اغلب الا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لا حق للموهوب له قبل القبض ولانه مد هذا الحق الى وصول
العوض اليه وذا في حق الرجوع بعد التسليم انتهى اقول في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث
اما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس
من اركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولئن سلم عدم صحة
اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما يؤول اليه كما في نحو
اراني اعصر خمرا وقد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار انها كانت له وهذا ليس بابعد من ذلك واما
في الثاني فلانه قد تقرر في علم العربية انه يجوز استعمال افعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الفاعل
او الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ومنه قوله تعالى وهو اهون عليه اي ليس شيء
اهون على الله تعالى من شيء فلفظ احق في الحديث المذكور عار عن الامور الثلثة المزبورة فلم لا يجوز ان
يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق بهبته ما لم يثب منها فلا يقتضي ان يكون لغيره
فيها حق نعم الظاهر الشائع ان تكون صيغة افعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعترض مانع مستند
باحتمال ان لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة
بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع كما دفع في مقام الاستدلال على ان لقائل ان يقول
لو كان معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فما المراد ان يثبت للواهب في هبته حقا اغلب من حق

الموهوب له فيها لما كان الرجوع عنها مكروها ولما قال النبي عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه
لان الرجوع ح يصير نحو حكم تفضيل الفاضل وترجيح الغالب الوجه تجريد الاحق في الحديث المذكور عن منع التفضيل
تطبيقا للقانونين وتوفيقا للكلامين فتامل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث ايضا من تلك الوجوه
حيث قال هذا يجر الى القول بمفهوم الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية اقول صرح المحقق
التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بان مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المرقوم
قوله ولان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فيثبت ولاية الفسخ عند فواته اذا العقد يقبله
قال صاحب العناية في تعليل قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض للعادة لان العادة الظاهرة ان الانسان
يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى من يساويه ليعوضه انتهى وقال بعض الفضلاء
المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالمساوي فيه والمدعى كان اعم انتهى وقد سبقه
اليه هذا الدخل الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الا
في الثالث ومع هذا له الرجوع في الكل ما لم يعوض انتهى اقول يمكن توجيه ما ذكر في العناية بان
المراد بالتعويض في قوله والى من يساويه ليعوضه هو التعويض المالي وبالتعويض في قوله ان
المقصود بالعقد هو التعويض ما يعم التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال المخصوص بالمساوي في
هو التعويض المالي واما التعويض المطلق فيوجد في الاعلى والادنى والمساوي فالتعليل المذكور يشمل
الصور الثلاث ولا يضر كون المدعى اعم لانه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعوض تامل تفهم واعلم
ان صاحب العناية ليس بمتفرد في ذلك التقرير بل سبقه اليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه ان المقصود
من الهبة للاجانب العوض والمكافاة لان الانسان يهدي الى من فوقه ليصونه بجاهه والى من دونه ليخدمه والى
من يساويه ليعوضه ومنه يقال الايادي قروض انتهى ثم ان صاحب التسهيل اعترض على اصل هذا الدليل
حيث قال اقول على هذا التعليل لو قيد بنفي العوض ينبغي ان يمتنع الرجوع لانه ظهر ان العوض ليس
بمقصود ولكن قوله عليه السلام ما لم يعوض يدل على جواز الرجوع وان قيد بنفي العوض انتهى اقول يمكن
ان يجاب عنه بانا لا نسلم ظهور ان العوض ليس بمقصود عند التقييد بنفي العوض فان التعويض من
الموهوب له ليس بايجاب الواهب اياه والقائه بل بحسب مروة الموهوب له وجري العادة على التعويض
ونفي الواهب التعويض لا يفوت ذلك بل ربما يكون نفيه اياه سببا لهيجان مروة الموهوب له فيحتمل
ان يقصد الواهب بنفيه اياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور علة نوعية لاثبات
نوع الحكم فلذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجوه عدم جواز هبة
المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر **قوله** لانه تملكه للحاجة فلذلك يسمى رجوعا اي باعتبار الظاهر وان لم
يكن رجوعا في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء اضرابا عن قولهم وان

لم يكن رجوعا في الحكم اقول ليس هذا بصحيح لان المراد تملك الوالد هنا تملكه بطريق الانفاق على نفسه
لا بطريق الشراء لان الشراء مما لا مساس له بالهبة فلا يناسب تاويل الحديث المزبور قطعا ولان قولهم للحاجة
يعين الاول لعدم الاحتياج في تملكه بالشراء على انهم صرحوا بالاول حيث قال في البدائع فانه يحل له الاخذ من
غير رضى الولد ولا قضاء القاضي اذا احتاج اليه للانفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا
الكتاب فانه يستقل بالرجوع فيما يهب لولده عند احتياجه الى ذلك للانفاق على نفسه انتهى الى غير ذلك من المعتبرات
قوله وقوله في الكتاب فلان يرجع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد
في قيئه وهذا لاستقباحه قال الشارح العيني قيل قد استدل المص على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح
ثم يشترطون في جواز الرجوع الرضاء او القضاء فاذا كان الرجوع بالرضاء فلا كلام فيه ولا اشكال واما اذا كان
بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الاعانة على مثل هذه المعصية وكيف يكون اعانة على المعصية التي هي معصية اخرى
منتجة للجواز واذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لان قضاء القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال
وانما قضاء القاضي اعانة لصاحب الحق على وصوله الى حقه فاذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يبيحه القضاء [illegible]
وقد اعترف المص بعد ذلك بان في اصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الاقدام على امر هو مكروه
انتهى كلامه اقول هذا الاستشكال انما نشا من عدم الوقوف على ان محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فان
الذي كان مكروها انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز الرجوع عنها والذي يكون محلا للقضاء انما هو جواز
الرجوع عنها لا نفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك
بل يقول لك الرجوع عنها مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا اعانة على امر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على اصله ايضا في
جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان مرتكبا للمكروه بطوعه لا باعانة القاضي
عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه الزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه ايضا الزام المكروه
لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب له بعد ان يرجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع
وان كان نفس الرجوع مكروها ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف
فيه متفقا عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعف اذا كان ناشيا من اختلاف العلماء في مسئلة لا يمنع
القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور
بحذافيره هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** او تزيد زيادة متصلة قال صاحب العناية ولا بد من تقييد آخر
وهو ان يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب انتهى اقول بل من ذلك القيد الآخر ايضا بقوله او تزيد زيادة
متصلة لان ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرح به
حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد واما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك
عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالاصبع الزائدة مثلا انتهى والظاهر ان الاعتبار

للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى تقييد ابدا ولقد احسن صاحب النهاية وغاية البيان هنا حيث قال ثم اعلم ان المراد
من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشئ يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال اما لو زاد في الموهوب
في نفسه لكن لا يورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا يمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ
زيادة صورة نقصانا معنى كالاصبع الزائدة وما اشبه ذلك وقال هذا كله في الذخيرة ثم اقول
بقى ههنا شئ وهو انهم صرحوا بان الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بالطول
القامة وبالاصبع الزائدة لا تمنع الرجوع مع ان الدليل ذكروا لمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع
فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة ايضا فليتأمل
في التوجيه **قوله** فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا قال صاحب العناية هذه نوع من
الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم انتهى اقول وجه التاخير ان المص كره ان يفصل بين الالفاظ المذكورة بطريق
الاستثناء في مسئلة مختصر القدوري بذكر مسئلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى
مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي ان يذكر بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في
الاعتذار عنه الا ان المص قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب وتاخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل
انتهى اقول ليس هذا بشئ لان المص لو قصد سرد اصول الموانع ثم التفريع على الترتيب لما ذكر القرابة
المحرمية والزوجية من اصول الموانع بين التفريعات بقوله وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها
وبقوله وكذلك ما وهبه احد الزوجين للاخر تبصر تقف **قوله** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي
اقول قيد النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة
المعتبرات اذ الحكم فيما اذا باع نصفها مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على
نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب اراده اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى
فانه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها غير مقسوم كان صحة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها
اولى كما لا يخفى وسياتي التعرض من الشراح لنظيره هنا في قوله وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا
فقبض **قوله** وقال زفر يرجع بالنصف قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال
زفر يرجع بنصف العوض ايضا اقول هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المص وقال زفر يرجع
بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه ظاهرا من تقرير المص منصوص عليه في الكافي
والكفاية وغاية البيان وغيرها **قوله** وفي اصله وهاء اي في اصل الرجوع ضعف قال صاحب
الكافي في تعليل ذلك لان الواهب ان كان يطالب بحقه فالموهوب له يمنع بملكه وقال تاج الشريعة لانه
ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفا في ملك الغير وهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع واقتفى اثره صاحب
العناية والشارح العيني اقول في قولهم وهذا يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لان الرجوع

ثابت بخلاف القياس في جميع الصور اي فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفا في ملك الغير في الجميع
فلا يتصح تفريع بطلانه في صور تحقق المانع عنه على كونه ثابتا بخلاف القياس اذ لو كان علة البطلان ذلك لزم
ان يبطل في جميع الصور لعدم انفكاكه عن تلك العلة في صورة فالصواب ان بطلانه بالزيادة المتصلة وبغيرها
من الموانع لما ذكر من الادلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتا بخلاف القياس واعترض بعض الفضلاء على قولهم
لانه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس اقول
هذا ساقط لانه ان اراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت
بالنص على خلاف القياس ضعيفا فما المحذور في ذلك اذ الظاهر ان كل ما ثبت على خلاف القياس ضعيف
بالنسبة الى ما ثبت على وفق القياس من الاحكام بحيث يخص مورد النص كل ما ثبت بالنص على خلاف بخلاف ما ثبت
على وفق القياس وان اراد بذلك انه يقتضي ان يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفا على الرضاء او
القضاء فهو ممنوع فانما يكون كذلك لو كان ضعف في اصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع بدون الرضاء او القضاء
وليس كذلك بل العلة التامة له مجموع قوله لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه
خفاء ولا يجري هذه العلة بتمامها في كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس فلا انتقاض به ثم ان الامام المطرزي
قال في المغرب الوهاء بالمد خطاء وانما هو الوهي مصدر وهى الحبل يهي وهيا اذا ضعف انتهى وقد نقل
عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا لشئ ونقل صاحب العناية ايضا فقال وهو خطاء لان مد المقصور
السماعي ليس بخطأ وتخطئة ما ليس بخطاء خطاء انتهى ولا يذهب على ذي فطانة ان الخطاء ههنا
انما هو في كلام صاحب العناية فانه زعم ان الوهي في قول صاحب المغرب وانما هو الوهي مقصور الوهاء
وليس كذلك قطعا بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمي من الثلاثي فيه قول
صاحب المغرب مصدر وهى الحبل يهي وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصور القال وهى كما
لا يخفى وقد تفطن الشارح العيني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لان مد المقصور السماعي
ليس بخطاء خطاء لان جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن
فعل بتسكين العين فمن اين تاتي المد انتهى ولكن خطاء صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب
المغرب مصيب من وجه في قوله وانما هو الوهي يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمد خطاء
لان هذا ايضا مصدر على وزن فعال كما تقول في قلي يقلي قليا وقلاء على وزن فعال ووهاء كذلك وقد قال
الجوهري القلى البغض فان فتحت القاف مددت تقول قلاه يقليه قلى وقلاء انتهى كلامه اقول
اخطاء هذا الشارح ايضا في تخطئة صاحب المغرب لان كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي
ان يكون نفسه ايضا مصدرا اذ قد تقرر في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا يثبت بالقياس فمجئ
القلاء مصدرا من قلى يقلي كما ذكره الجوهري لا يقتضي ان يكون الوهاء ايضا مصدرا من وهى يهي فان الاول

الا ترى انهم قالوا كل ما ثبت بالنص مع عليها فالقياس

وتقرير ... غلط صاحب العناية ... صاحب المغرب الوهاء بالمد خطاء ... المقصور ... في قول صاحب المغرب حيث ... الصواب ... المعنى ... ان الوهاء ... المصدر ... الصواب ... المقصور

مسموع ودون الثاني وقول لصاحب المغرب الوهاء بالمد خطا بناء على انه غير مسموع فلاغبار فيه على ان تخطئته
اياه في قوله الوهاء بالمد خطاء بناء في تصويبه اياه في قوله وانما هو الوهي لانه في قوله هذا قصر مصدر وهي يهي على
الوهي بتسكين الهاء فكون الوهاء ايضا مصدرا منه ينافي ذلك قطعا ثم ان صاحب الكافي ومن حذا حذوه من الشراح
كصاحب الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مسئلتنا هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا
ولان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما
كالرد بالعيب بعد القبض انتهى **اقول** فيه نظر اما اولا فلانه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد
اذ قد تقرر في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع ان المشتري اذا قبض المبيع في البيع الفاسد بامر البائع
وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ثم ان لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد
قبل القبض وكذا بعده ان كان الفساد في صلب العقد ولمن له الشرط ان كان بشرط زايد فيصح فسخ العقد هناك من احدهما
بدون رضى الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضا به بل هو منقوض ايضا بسائر العقود الغير اللازمة
لان كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها باسرها كما صرحوا به في مواضعها واما ثانيا فلانه فهم كالرد بالعيب
بعد القبض ليس بسديد اذ الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق هنا للواهب في نفس
الفسخ كما صرحوا به فيما سياتي وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم
انفراد الواهب هنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر **قوله** بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق
هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع
تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى **اقول** فيه بحث لانه ان اراد انه اذا كان العقد
تاما لم يقتض ثبوت الفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا
يتم التقريب وان اراد انه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع الا يرى ان عقد الهبة يتم بالقبض
بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضي ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب
منها ولفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كما تقرر فيما مر فلم لا يجوز ان يثبت للمشتري
ايضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فالاظهر في تعليل ذلك
ان يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمتنع ان يقتضي ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين لكونه
منافيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين
قوله ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن قال صاحب العناية
في تقرير هذا الدليل ولنا انه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وامكن الجمع بينهما وكل ما
اشتمل على جهتين امكن الجمع بينهما وجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما انتهى **اقول**
فيه مناقشة وهي ان قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه اولى من اهمال احدهما يفيد اولوية اعمال الشبهين والكلام

وجوب

وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقريب ويمكن دفعها بعناية فتامل **فصل** لما كانت المسائل المذكورة
في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة **قوله** ومن وهب جارية
الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل
لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة توضيح هذا الدليل ان
الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف
مقصودا حتى لو وهب الحمل لاحد لا يصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب
شرطا فاسدا لان اسم الجارية يتناول الحمل تبعا لكونه جزءا منها فلما استثنى الحمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى
العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي
وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذكر
صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد ان ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف
في اللفظ فلا يعمل الا في الملفوظ والحمل جزء من اجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على
الاوصاف فلا يصح استثناؤه لانه ليس بملفوظ انتهى **اقول** فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على
بطلان استثناء الحمل في الوصية ايضا لجريانه فيها بعينه وليس كذلك قطعا على ما صرحوا به قاطبة وسياتي في
وصايا هذا الكتاب انه من اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا
ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز
استثناؤه منه انتهى وقال في الكافي هناك فان قيل اذا لم يتناوله اللفظ فينبغي ان لا يصح الاستثناء
لانه تصرف في الملفوظ قلنا كم لصحة التصرف ضرب منه كما في استثناء ابليس على ان صحته لا تفتقر الى
التناول اللفظي بدليل صحة استثناء قفيز حنطة من الف درهم انتهى فيدل ذلك على عدم صحة ما في الكفاية
هنا وطولب بالفرق هنا بين الحمل وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع فانه اذا وهب لرجل
ما على ظهر الغنم من الصوف وما في الضرع من اللبن وامره بجز الصوف وحلب اللبن وقبض الموهوب له ذلك فانه
جائز استحسانا وفي الحمل لا يجوز واجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف
الصوف واللبن وبان اخراج الولد من البطن ليس اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف
الجز في الصوف والحلب في اللبن كذا في الشروح وغيرها نقلا عن النهاية والمبسوط **اقول** في كل من وجهي
الجواب المذكور نظر اما في وجهه الاول فلان ما في البطن لو لم يكن مالا مملوكا اصلا ولم يعلم وجوده
حقيقة لما صح اعتاقه وتدبيره وايصاؤه وقد صح كل منها على ما نصوا عليه في مواضعه ويدل على صحة الاولين
المسئلتان الآتيتان هنا وهما قوله ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز وقوله ولو دبره في بطنها ثم وهبها
لم يجز واما في وجهه الثاني فلان كون اخراج الولد ليس اليه انما يقتضي عدم صحة الهبة فيما اذا امر الواهب

[هامش:]
لانعكاسه فيه ولعل مراده يكون الحمل جزءا منها في اللغة ولم
يكن وصفا الا انه لم يرد بالوصف المذكور
هو مصطلح الفقهاء دون الوصف اللغوي
والصفة في اصطلاحهم الاسماء في الاجزاء
كما تقرر في البيوع ولذا قال المصنف
بينا في البيوع

قال المصنف لكن بعد قوله فجاز استثناؤه
شرح الاصل انه ما يصح افراده
بالعقد يصح استثناؤه ومن
وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه انتهى مسكين

يقبض الحمل في الحال واما فيما اذا امره بقبضه بعد الولادة فلا اذ يمكن له ح ان يقبضه بعد الولادة اصالة بدلا عن
النيابة عن الواهب ولعل هذا هو السر في ان قال بعض اصحابنا اذا امره في الحمل بقبضه بعد الولادة فقبض يجوز
استحسانا كما في الصوف واللبن على ما ذكره صاحب النهاية في اواخر الجواب المذكور فقال ولكن الاصح انه لا
يجوز في الحمل اصلا لانه ما في البطن ليس بمال الخ ثم اقول على فرض ان يكون الجواب المذكور بوجهيه سالما عما ذكرنا
لا يفيد دفع السؤال المزبور لان مورد ذلك السؤال قول المص والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في
البيوع وحاصله ان الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع ايضا من اوصاف الحيوان كالحمل على ما تقرر في باب البيع
الفاسد من كتاب البيوع فما الفرق بين الحمل وبين الصوف واللبن من هذه الحيثية حتى يصح الهبة فيهما دون
الحمل والجواب المذكور انما يفيد الفرق بين الفصلين من حيثية اخرى وذا لا يجدي شيئا في دفع مطالبة
الفرق بينهما من الحيثية المذكورة في الكتاب فلا يتم المطلوب **قوله** ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لكان البديل
فيجيء هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك فان قيل هب انها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي
جائزة اجيب بان عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لا محالة فاذا نزل منفصلا في الحال مع ان الجنين
لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كذا في الغاية اخذا من النهاية اقول فيه بحث
بديا اما اولا فلانه لو جعل الحمل منفصلا في الحال بناء على كونه في عرضية الانفصال في ثاني الحال لكان في
حكم المفرز المقسوم لا في حكم المشاع المحتمل للقسمة فكان اولى بجواز هبته فلا يتم التقريب واما ثانيا
فلانه لا يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك ان احتمال
القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعيض واضراره
كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنين عن ملك الواهب
كون الجارية مشغولة بملكه لكنه امر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان
من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لا انه كان مشاعا يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال فكان في حكم مشاع
يحتمل القسمة ولم يقل فكان مشاعا يحتمل القسمة ويرشد اليه ان صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم
شاع يحتمل القسمة كما في هبة الجوالق وفيه طعام الواهب لم يصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب
بمنزلة الشيوع في الهبة حكما لوجود اختلاط الملك في الصورتين جميعا انتهى قلت مورد اصل السؤال قول
المص فيجيء هبة المشاع لا قوله او هبة شيء هو مشغول بملك الواهب فما ذكرته انما يصلح توجيها للشق الثاني دون
الاول فلا يتم الجواب تامل تقف ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر السؤال والجواب المزبورين قال
وكان المص لما استشعر هذا السؤال اردفه بقوله او هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا وهب
الجوالق وفيه طعام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى اقول فيه نظر كما هو ظاهر لان
الجواب المزبور ان كان مقبولا عنده فاستشعار السؤال المذكور لا يقتضي ارداف الوجه الاول بشيء اخر

لكون ذلك السؤال مندفعا عن الوجه الاول بذلك الجواب وان لم يكن مرضيا عنده كان عليه بيان خلله ولم يبينه
قط **قوله** او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة
جائزة والشرط باطل قال صاحب النهاية هذا بطريق اللف والنشر والا لا يصح اعني ان قوله
على ان يرد عليه شيئا متصل بقوله او وهب دارا وقوله او يعوضه شيئا منها متصل بقوله او تصدق عليه بدار
وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله او يعوضه شيئا منها بقوله او وهب دارا كان هبة بشرط العوض والهبة
بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لا في الهبة فلذلك انما يكون ان لو كان شرط
التعويض موصولا بقوله او تصدق عليه بدار اللهم الا ان اراد بقوله او يعوضه شيئا منها ان يرد بعض الدار
الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصح ح صرف قوله او يعوضه شيئا منها الى قوله واذا وهب دارا
الا انه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب
معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في تحريرهما قصور اذ لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان معنى
قوله او يعوضه شيئا منها سيما بعد قوله على ان يرد عليه شيئا منها انما هو ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب
بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الاخر مما لا يساعده اللفظ الا بتعسف بعيد وهو ان يرجع ضمير منها
في قوله او يعوضه شيئا منها الى ما هو غير مذكور هنا اصلا كلفظ الاعواض فيصير المعنى او يعوضه شيئا من
الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة اللهم في قولهما اللهم الا ان اراد بقوله
او يعوضه شيئا منها ان يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر الى نفس
عبارة الكتاب ثم ان هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى
الاول فانه قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة او يتصدق عليه بصدقة على ان يرد
عليه ثلثها او ربعها او بعضها او يعوضه ثلثها او ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئا
منها الى هنا لفظه ولا اشكال ان ثلث الدار وربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجويز ارادة معنى
آخر بالنظر الى لفظ الجامع الصغير الذي هو ماخذ عبارة الكتاب خطاء ظاهر لكن يبقى لزوم التكرار الذي ذكراه
متعلق به وكان الامام الزيلعي تنبه لسماجة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين
المذكورين حيث غير في شرح الكنز اسلوب تحريرهما فقال وقوله او يعوضه شيئا منها فيه اشكال فان اراد
به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان اراد به ان يعوضه عنها شيئا
من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه شيئا منها انتهى كلامه اقول ولو اطلع
على اصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك الترديد ايضا واقتصر على الشق الثاني لكون ذلك نصا
في هذا الشق كما نبهت عليه آنفا ثم ان صاحب العناية كانه اطلع على اصل المسئلة ايضا حيث لم يتعرض للشق
الاول اصلا بل ساق كلامه على ان يتعين الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله

على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضا فان كونه عوضا انما هو بالفاظ تقدم ذكرها
انتهى اقول فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا انه يشتمل
ذلك ويعم اذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة اعطاه الموهوب له الواهب عوضا عن كل الدار انه مردود على الواهب فكان
قوله على ان يرد عليه شيئا منها مغنيا عن قوله او يعوضه شيئا منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا مراده من ادعى لزوم التكرار
على تقدير كون قوله او يعوضه شيئا منها مصروفا ايضا الى الهبة دون التصدق وليس مراده ادعاء لزوم الاتحاد في
المفهوم او في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة
في شرح الوقاية في هذا المقام رايت في بعض الحواشي ان قوله او يعوضه شيئا منها يرجع الى التصدق فانه اذا تصدق بشرط
العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح اقول اذا وهب بشرط ان يعوض شيئا منها فالشرط
باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوما فعلم ان قوله او يعوضه يرجع الى الهبة والصدقة الى هنا كلامه اقول وما قاله
التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما اراده واضع هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله تعالى
ووضعها الجامع الصغير ولفظه فيه او يعوضه ثلثها او ربعها ولا يخفى ان ثلث الجارية وربعها امر معين معلوم
فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوما الا ان مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غيروا عبارة
الجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا او يعوضه شيئا منها فلفظ شيئا في كلامهم لا في كلام الواهب حتى يتوهم
اشتراط العوض المجهول ثم ان بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو ان المفهوم
من هذا القول انه اذا وهب بشرط ان يعوضه شيئا معينا من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع انه
ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بانه اذا وهب دارا او خمسة دراهم بشرط ان يعوض بيتا معينا منها
او يرد درهما واحدا من تلك الدراهم يصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح ان يكون عوضا وللواهب ان يرجع
في هبته لانعدام العوض فقال ذلك البعض ومن هنا يظهر فساد ما في بعض الحواشي ايضا كما لا يخفى انتهى اقول
كلامه ناش من عدم تحقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الحواشي وما ذكره نفسه في رد ذلك
على ان يكون المراد بالتعويض في قوله او يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره
صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الحواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحا والامر كذلك
بلا ريب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعتبرات هو انه اذا شرط الواهب ان يعوضه بعضا من العين الموهوبة
يصح الهبة ويفسد الشرط وهذا ايضا امر متقرر الا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحا في هذه الصورة ليس بمفهوم
مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الحواشي فلا يرد على شيء منهما ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما انه مما
لا يساعده اللفظ اصلا في اصل وضع هذه المسئلة كما نبهت عليه فيما مر ولكنه كلام آخر فليتأمل جدا فان تحقيق
هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الاقوال مما لم يسبق اليه فاشكر الله واتوكل عليه
قوله والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها قال صاحب العناية هذا اشارة الى ان من

من الاسقاطات

من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالحجر على المأذون وعزل الوكيل والابراء عن الدين منها انتهى اقول وقوله
والابراء عن الدين منها خبط ظاهر اذ قد مر آنفا ان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة
فكانه غفل عن قيد المحضة وهذا عجيب منه قوله وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى
قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وعند ابي يوسف جائزة لان قوله داري لك هبة وقوله رقبى شرط فاسد لانه تعليق
بالخطر ان كان الرقبى ماخوذا من المراقبة وان كان ماخوذا من الارقاب فكانه قال رقبة داري لك فصار كالعمرى انتهى اقول
في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير ان يكون معنى قوله داري لك رقبى عند كون الرقبى ماخوذا من الرقبة رقبة داري لك
لا يثبت قوله رقبى شرط فاسد اذ لا فساد ولا شرط في قوله رقبة داري لك في شيء كما ترى ولا يتم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى
قوله ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ قال صاحب العناية يشير الى ان ابا
يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو ان يجعلها من الرقبة كما ذكرنا وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من
الرقبة مما لم يقل به احد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لا يجوز لما عنه مندوحة لم يحسن ايضا كلامه اقول
لو كان المعترض يشير بقوله المذكور الى ان ابا يوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر
ما ذكره الشارح المزبور وهو ان يجعلها من الرقبة حتى يتجه عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد بل مراده بذلك
ما نبه عليه صاحب الكافي وجمهور الشراح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها
من المراقبة فحمل ابو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتمليك جائز و
انتظار الرجوع باطل كما في العمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان معنى الرقبى هذه الدار لآخرنا موتا كانه
يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التمليك
ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وذا باطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه اصلا ما ذكره صاحب العناية
بقوله وقيل عليه ان اشتقاق الرقبى من الرقبة مما لم يقل به احد الخ كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال
في هذا المقام وعندي قول ابي يوسف احق اذ غاية ما في الباب ان يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد
الهبة لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما في العمرى انتهى اقول فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل
بالشروط الفاسدة اذا لم يمنع الشرط ثبوت التمليك ابتداء واما اذا منع ذلك فلا مجال لان لا تبطل الهبة به ضرورة
امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التمليك وفيما نحن فيه يمنع الرقبى ثبوت التمليك ابتداء على تفسيرهما
اياها كما حققناه آنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للمعمر له حال حيوته و
لورثته من بعده ولو قال داري لك رقبى او حبيس فهو باطل عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والاصل
ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صحت الهبة ويبطل الشرط
ثم تفسير العمرى ان يقول جعلت هذه الدار لك عمرك فاذا مت فهي رد علي فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع اصل
التمليك وتفسير الحبيس ان يقول هي حبيس عندي فان مت فهي لك وتفسير الرقبى ان يقول هذه الدار لآخرنا

متا وهي من المراقبة لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كانه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان مت فهي لك وان مت فهي لي فهي باطلة لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضمحل ما قال صاحب العناية

كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان احكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان احكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان متقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم متقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك اورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذا في الشروح قال صاحب العناية وانما جمعها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع يرد على منافع الاعيان كاستيجار الدور والاراضي والدواب ونوع يرد على العمل كاستيجار المحترفين للاعمال نحو القصارة والخياطة وغيرهما انتهى اقول فيه اختلال لانه اذا اراد بالافراد في قوله ذات افراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم يحصل فائدة في جمعها اذ لا يحتمل عند احد ان يكون لحقيقتها فرد واحد شخصي او فردان شخصيان فقط حتى يجمعها للاشارة الى انها ذات افراد كثيرة على ان قوله فان لها نوعين لا يطابق المدعى كما لا يخفى وان اراد بالافراد في قوله المزبور الانواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ اذ بمجرد تحقق النوعين لها لا ينبغي ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون اقل الجمع ثلثة واما الحمل على ما هو المذهب الضعيف من كون اقل الجمع اثنين فمما لا ينبغي ان يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو علم في التحقيق فالحق عندي ان يقال انما جمعها اشارة الى ان لها انواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الانواع الثلثة هي التي اشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سيأتي تفصيلها عن قريب قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك المنافع ونحوه لكان اولى لعدم تناول النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا ان يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فليتامل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد اذ لو قال تمليك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر لان النكاح ايضا تمليك قطعا لا استباحة محضة والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد افصح عن هذا في اول كتاب النكاح حيث فسروا النكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتون بانه عقد موضوع لملك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقد بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعا وحجرا وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب لملك المتعة وما ذكره الزيلعي

هنا في شرحه للكنز من ان النكاح ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما اجمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تمليك حتى ان صاحب الكنز نفسه ايضا صرح في اول النكاح بانه عقد يرد على ملك المتعة قصدا ومخالف لما تقرر عندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من اباح شيئا فانما يتلفه على ملك المبيح فلم يكن ذلك مما يعتد به ولهذا نقل اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو اباحة مخالف لما سبق في اوائل كتاب النكاح من انه سبب لملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة انتهى ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفا لما تقرر فيما سبق ثم اقول يمكن ان يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في اوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب لملك المتعة وقال صاحب الكافي والشراح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح اجرا بقوله تعالى فآتوهن اجورهن وهو يشعر بانه مشاكل للاجارة ولنا ان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لا ينعقد الا مؤبدا والاجارة لا تنعقد الا مؤقتة فبينهما منافاة فلا يصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العين حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بانها عقد على المنافع بعوض او بانها تمليك المنافع بعوض او بنحو ذلك للنكاح تامل تقف وقال في غاية البيان وينبغي ان يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله انتهى اقول وهذا ايضا ليس بشيء اذ على تقدير ان يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بان المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستيجار رجل على صبغ ثوب او خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستيجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من تلك الاقسام الثلثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيختل قطعا قوله لان الاجارة في اللغة بيع المنافع قال الشارح العيني قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهو ما اعطيت من كراء الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان يكون مصدرا فيستقيم الكلام انتهى اقول النظر المزبور ظاهر الورود لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا بمعنى آخر وانا الذي بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطر ببالي حتى كتبته في مسودة اتيت بالقاء نفسي قبل ان اري كتبه غيري واما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قريب الخ فليس بشيء لان مراده بقوله قد بينت لك عن قريب ان الاجارة يجوز ان تكون مصدرا على ما ذكره في كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع ان تكون مصدرا منه كما تقول كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو جمع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من اجره اذا اعطاه اجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر

هنا في نسخة

في علم الادب ان مصدر الثلاثي سماعي لا قياس فيه فكون الكتابة مصدراً لكتب لا يقتضي كون الاجارة ايضاً مصدراً
منه اخرى ان الكتابة سمعت مصدراً لكتب واما الاجارة فلم تسمع مصدراً قط والكلام فيما سمع من اهل اللغة
لا في الاحتمال العقلي على انه لو سلم مجي الاجارة في اللغة مصدراً من اجره اذا اعطاه اجره كمجي الاجر مصدراً منه
لم يستقيم الكلام ايضاً اذ لا يكون الاجارة ح ايضاً في اللغة بيع المنافع بل يكون اعطاء الاجر وقد قال المص
ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان صاحب العناية قال هو هنا بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي
لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان شرعيتها فالشرعي اولى بالتقديم انتهى اقول فيه بحث لان
كون المفهوم الشرعي اولى بالتقديم بناء على انه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي
في جميع المواضع سواء كان المعنى الشرعي موافقاً للمعنى اللغوي او مخالفاً له مع ان داب المصنفين من اولهم جرى على تقديم
بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي هنا ان المص سلك مسلك
الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقداً على المنافع بعوض ولكن طوى الصغرى فكانه قال لان معنى الاجارة
في الشرع هو معناه في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها
الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل تدبر فانه وجه حسن قوله الا انا جوزناه لحاجة الناس
اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس
بالاثر لحاجة الناس فكان استحساناً بالاثر انتهى اقول في تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت
على خلاف القياس بالاثر الا انه لم يكن فائدة في ذكر قيد الاثر في الموضعين وليس كذلك بل تخصيص الاثر بل الكتاب
ايضاً دليل عليها كقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام
اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثماني حجج وكذا اجماع الامة ايضاً دليل عليها كما ذكر في الكافي
وغيره بخلاف تقرير المص كما لا يخفى على الفطن المتأمل قوله وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره
قبل ان يجف عرقه قال الشارح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحته اقول لقائل ان يقول
سيأتي في باب الاجارة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل ولا شك ان الواجب الشرعي مأمور باعطائه من قبل
الشرع فلم يكن الامر باعطاء الاجر دليل صحة العقد اللهم الا ان يقال وقع الاجر في الحديث المذكور اعطاء
الاجر مضافاً الى الاجير حيث قيل اعطوا الاجير اجره وذلك يفيد كون المراد بالاجر المأمور باعطائه الاجر المسمى
للاجير دون اجر المثل مطلقاً والامر باعطاء الاجر المسمى للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر
قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة
العقد ليرتبط الايجاب بالقبول قال بعض الفضلاء لا بد ان يتأمل في هذا المقام فان الانعقاد هو ارتباط
القبول بالايجاب فاذا حصل الارتباط باقامة الدار مقام المنفعة يتحقق الانعقاد فما معنى الانعقاد
ساعة فساعة بعد ذلك انتهى كلامه اقول جواب هذا الاشكال ينكشف مما ذكره صاحب غاية البيان

هنا

هنا حيث قال والمراد من انعقاد العقد ساعة فساعة في كلام مشايخنا على حسب حدوث المنافع هو عمل العقد ونفاذه
في المحل ساعة فساعة لا ارتباط الايجاب بالقبول كل ساعة وان كان ظاهر كلام مشايخنا يوهم ذلك ثم قال وقد
بعض مشايخنا على محمد رحمه الله فقال اللفظان الصادران منهما مضافان الى محل المنفعة وهو الدار جعلا كلاماً وهو عقد
بينهما اذ العقد فعلهما ولا فعل يصدر منهما سوى ترتيب القبول على الايجاب ثم الانعقاد حكم الشرع يثبت وصفاً
لكلاميهما شرعاً والعلة الشرعية مغايرة للعلل العقلية فانها يجوز ان تنفك عن معلولها لانها جاز ان يقال العقد وجد انه
عبارة عن كلاميهما والانعقاد تراخى الى وجود المنافع ساعة فساعة بخلاف العلل العقلية فان الانكسار لا يتصور انفكاكه
عن الكسر انتهى كلام صاحب الغاية فكان ذلك المستشكل لم ير هذا الكلام او لم يقنع به وكلا منهما لا ينبغي كما لا يخفى ثم ان
صاحب العناية جعل قول المص والدار اقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن سؤال مقدر حيث قال بعد شرح قوله وتنعقد
ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فان قيل اذا كان كذلك وجب ان يصح رجوع المستأجر في الساعة الثانية قبل
ان ينعقد العقد فيها واذا استأجر شهراً مثلاً ليس له ان يمتنع بلا عذر اجاب بقوله والدار اقيمت مقام المنفعة
في حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول الزاماً للعقد في المقدار المعين انتهى كلامه وقد تبعه الشارح
العيني اقول فيه نظر لانه ان تحقق انعقاده في ذلك المقدار المعين كله بمجرد اقامة الدار مقام المنفعة في
حق اضافة العقد ليرتبط الايجاب بالقبول لم يظهر معنى قولهم وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث
المنافع اذ يلزم ح ان تنعقد في الساعة الاولى التي هي ساعة العقد بالايجاب والقبول وارتباط احدهما بالآخر
وان لم يتحقق ذلك الانعقاد بمجرد تلك الاقامة بل حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما هو
الظاهر من كلامهم يرد السؤال المقدر المزبور على قولهم وتنعقد ساعة فساعة ولا يتم قول المص والدار
اقيمت مقام المنفعة الخ جواباً عن ذلك السؤال بل يحتاج الى جواب آخر كما لا يخفى فالاظهر ان ليس مراد
المص بقوله المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المعدومة على اصل
ائمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلنا هو ان العقد
لا بد له من محل لان المحل شرط صحة العقد لان العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شروط ومحل
العقد هنا هي المنافع وهي معدومة ولا يصلح المعدوم محلاً للعقد فجعلت الدار محلاً للعقد باقامتها
مقام المنافع التي ستوجد لان الدار محل المنافع تصحيحاً للعقد حتى يرتبط الكلامان وهما الايجاب و
القبول احدهما بالآخر على وجه يكونان علة صالحة في افادة الحكم وهو ملك المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر
قوله وما لا يصلح ثمناً يصلح اجرة ايضاً كالاعيان اي الاعيان التي ليست من ذوات الامثال
كالحيوان والثياب مثلاً فانها اذا كانت معينة صلح ان تكون اجرة كما اذا استأجر داراً بثوب معين
وان كان لا يصلح ثمناً لما تقرر في البيوع ان الاموال ثلاثة ثمن محض كالدراهم ومبيع محض كالاعيان التي
ليست من ذوات الامثال وما كان بينهما كالمكيلات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية

وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها الا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنا كانت بيعا بلا ثمن وهو باطل
ويمكن ان يجاب عنه بان النظر على المثال ليس من داب المناظرين فاذا كان الاصل صحيحا جاز ان يمثل بمثال آخر فليمثل
بالمنفعة فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنافع كما اذا استاجر سكنى دار بركوب دابة ولا تصلح ثمنا اصلا
الى هنا كلامه اقول لا النظر شيء ولا الجواب اما النظر فلان مراد المص بالثمن هنا ما يجب في الذمة وعن هذا ترى
صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لان الاجرة عوض مالي فيعتمد وجود المال واما الثمن فهو ما يجب
في الذمة فيختص بما يثبت في الذمة ولقد افصح عنه صاحب العناية نفسه ايضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط
بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الاجرة ولا شك في عدم صلاحية الاعيان التي ليست من ذوات الامثال لان
تكون ثمنا بهذا المعنى ولا في عدم بطلان ان تكون المقايضة بيعا بلا ثمن بهذا المعنى الا يرى ان الشارح المذكور نفسه
قال في اول كتاب البيوع وانواع البيع اربعة بيع السلعة بمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين اعني الثمن وبيع الثمن
بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلما انتهى حيث جعل الدين مقابلا بالعين وفسر
الدين بالثمن وجعل احد انواع البيع وهو المسمى بالمقايضة وبلا ثمن فيه اصلا نعم للثمن معنى آخر وهو ما يكون
عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل
كون المقايضة بيعا بلا ثمن بذلك المعنى ولكنه ليس مراد المص بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فان النظر
المزيف عليه جدا واما الجواب فلانه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المص وحاشاه ثم اقول
بقي ههنا شيء وهو ان لقائل ان يقول لا شك ان مراد المص بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا هو ما يجب في الذمة
وان تمثيله ما لا يصلح ثمنا بقوله كالاعيان صحيح على هذا المعنى المراد الا انه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري
وهو قوله وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العوض المقابل
للبيع كما حمل الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صح ثمنا صح اجرة على ذلك المعنى الاعم مع ان ما ذكره المص
في تعليل مسألة القدوري بقوله لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع تحتمل التعميم لصورتي الدين
والعين كما ترى ويمكن ان يجاب عنه بانه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء وهو معنى ما يجب في الذمة
وكان لفظ القدوري غير موف حق المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الاخر العام للعين ايضا فانها لا
يجوز ان يكون ثمنا في البيع على المعنى العام للعين جاز ان يكون اجرة ايضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا في
البيع اصلا وتصلح اجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به حمل المص لفظ الثمن الواقع في مسألة
القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تتميما لتلك المسألة وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان
كما قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز
غيره بين ذلك ان الاعيان لا تكون اثمانا وتكون اجرة وانما ذكر ذلك لانه هو الغالب [illegible] ولكن
الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بان يذكر في تمثيل ما لا يصلح ثمنا ويصلح اجرة فان كون المنفعة مما يصلح

قال في غاية البيان فان الاجرة الثمن ما كان في الذمة منه

اجرة

اجرة اخرى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن ان يستفاد من مسألة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فانه
يمكن ان يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين ايضا كما عرفت آنفا قوله لانه عوض مالي اي لان الاجرة
على تأويل الاجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فيصح ان تكون اجرة كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية
بعدما شرح المحل على هذا المنوال ولقائل ان يقول الثمن عوض مالي ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان الثمن شرط بكونه
مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالنقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الاجرة الى هنا كلامه اقول
ولقائل ان يقول ان كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كان الاجرة ايضا مشروطة به لكونها ثمن المنفعة كما
صرح به المص في تعليل مسألة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة قلنا فلقائل ان
يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع فلان يكون احدهما مشروطا بشيء دون الاخر فهل يتم القياس المستفاد
من قول المص لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع فليتأمل وقد اورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب
العناية بوجه آخر حيث قال فيلزم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار اذ لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى
انتهى اقول ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بناء على ما قال في نظره السابق من انه لو لم تصلح العين
ثمنا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة
فليس بصحيح اذ اللازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب في الذمة فيما اذا بيع الدار بالدار
لا خلوه عن الثمن بمعنى العوض المقابل للمبيع في تلك الصورة والمحذور خلوه عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول
كما بيناه من قبل قوله وتارة تصير معلومة بنفسه اي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح قاطبة
ولم ينقل عامتهم نسخة اخرى واما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكره ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة
تصير معلومة بالتسمية اقول لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع
بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية امور كبيان الثوب والوان الصبغ وقدره في استيجار رجل
على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في استيجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه
والمسافة في استيجار دابة للحمل او الركوب على ما اشار المص الى ذلك كله حيث قال لانه اذا بين الثوب
والوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فصح العقد
فكما ان المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة في النوع
السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط
بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الامور اللازمة البيان كما اشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم
يكن لنسبة صيرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه
مذكورة في شيء من الكتب المعتبرة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في ساير الكتب
موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار او بذكر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون قوله

وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت اقول في هذا التقسيم نوع اشكال
اذ قد صرح في صدر كتاب الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة
وهل يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا ان يحمل عبارة التقسيم على المسامحة فيكون المراد الاجارة قد تكون
عقدا على منفعة العمل وقد تكون على منفعة الاعيان لكنه غير مفهوم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم اقول كان حقا على المصنف
ان يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور
في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكان صاحب الكافي تنبه لسماجة هذا التحرير حيث اخر بيان هذا
التقسيم الثنى عن تمام ذكر اقسام ذلك التقسيم المثلث واعترض صاحب الغاية على قول المص كما في اجير الوحد حيث
قال ولنا فيه نظر لان اجارة اجير الوحد ايضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب
التحفة احد نوعي الاستيجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلو قال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة
كاستيجار الدور والحوانيت ونحوها كان اولى انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان اجارة اجير الوحد ليست
بعقد على العمل ولهذا يستحق اجير الوحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما صرح به قاطبة وسيأتي
في الكتاب ولو كانت عقدا على العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هي عقد على منافع نفسه مطلقا ولهذا
لا يتمكن من ايجاب منافعه لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرعي الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة
الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاجير وجعل صاحب التحفة ذلك احد نوعي الاستيجار على الا[عمال]
لا يكون حجة على المص ولو شمل المص ما يكون عقدا على المنفعة باستيجار الدور ونحوها ومن اجير الوحد لفات
التنبيه على ان اجارة اجير الوحد من هذا القسم وهو مقصود لخفاء ذلك على البعض فتنبه باب
الاجر متى يستحق قال صاحب النهاية لما ذكر ان صحة الاجارة موقوفة على ان تكون الاجرة معلومة
احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره ما يتعلق به من المسائل في هذا الباب انتهى كلامه واقتفى اثره في هذا
التوجيه جماعة من الشراح اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته
اذ لا يستدعي ذكر مجرد ان صحة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وقت وجوبها فضلا
عن الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة الا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود
ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة
تخالف غيرها في تخلف الملك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك
وما يتعلق به من المسائل انتهى كلامه اقول وفيه شيء وهو ان تخلف الملك عن العقد يوجد في غيرها
ايضا كالهبة فان الملك لا يثبت هناك ايضا بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مر وكالوصية فان
الملك هناك ايضا يتأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بان الاجارة تخالف غيرها في تخلف الملك
عن العقد بلا خيار شرط ثم اقول الاظهر ان يقال لما كان وقت استحقاق الاجرة مما وقع

فيه

فيه الاختلاف بين ائمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افراده بباب لبيان وقت استحقاق الاجرة
وما يتعلق به من المسائل قوله الاجرة لا تجب بالعقد قال تاج الشريعة اراد وجوب الاداء اما نفس
الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك
اجمالا وتفصيلا اما اجمالا فلان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه الموجر قبل وجود احد معان ثلثة لا يعتق
فلو كان نفس الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كما في البيع واما تفصيلا فلان ثمة معاوضة فتعتبر المساواة ولم
يوجد في جانب المعقود عليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب
النهاية الاجرة لا تجب بالعقد اي لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيخي وذكر في الذخيرة
ما يؤيد هذا فقال يجب ان يعلم ان الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة
اذا لم يشترط التعجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا او دينا هكذا ذكر محمد رح في الجامع وفي كتاب التحري وذكر
في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينا تملك بنفس العقد وتكون بمنزلة
الدين المؤجل فعامة المشايخ على ان الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحري وقال بعضهم ما ذكره في
الاجارات قول محمد اولا وما ذكره في الجامع والتحري قوله آخرا الى هنا لفظ النهاية اقول تأييد ما ذكر
في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في الذخيرة ان الاجرة لا تملك
بنفس العقد قبل ان قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذا لم يشترط التعجيل
في الذخيرة فعلم منه ان الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب اداؤها بنفس العقد فتم بخلاف
ما في الكتاب فانه لم يذكر فيه شيء قبل ان قال الاجرة لا تجب في العقد فلو كان معناه الاجرة لا يجب
تسليمها واداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه ان الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم
وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرده الا يرى ان الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع
بلا خيار ولا يجب تسليمه واداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول
الاجل فاذا لم يفهم منه ذلك لم يفد ما هو المذهب عندنا فلزم ان لا يتم وقال صاحب العناية
قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها واداؤها بمجرد العقد وليس
بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد
ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب ان يقال معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع
ان الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤها وقال فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي
التملك كان اعم منه وذكر الاعم وارادة الاخص ليس بمجاز شائع لعدم دلالة الاعم على الاخص قلت
اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك
لا محالة انتهى كلامه اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان ذكر الاعم وارادة الاخص انما

ليس بمجاز شائع اذا لم تحقق قرينة مخصصة واما اذا تحققت القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات
القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التحرز عما يورث خفاء المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة
الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد بنى
على هذا الكلام قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا لم يكن محل الخلاف متحدا واما الثاني فلانه ان
اراد بقوله ونفي الوجوب فيها انه قصد نفي الوجوب في الذمة بدون ان يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا
لقوله والصواب ان يقال معناه لا تملك وانما مورد السؤال ذكره وان اراد به انه جعل نفي الوجوب مجازا عن
نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتج الى قوله اخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة
لان الاجرة كلها سواء كانت دينا او عينا مما يملك وان كان يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فيبقى
التملك بالعقد ينتظم في جميع انواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين الثابت في الذمة
حتى يحتاج الى ان يقال اخرج الكلام مخرج الغالب على ان قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع
فان العين مما لا يجب في الذمة مع انه مما يملك قطعا وقال بعضهم فان في صورة التعجيل يوجد الملك
بلا وجوب فتامل قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة
كما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابلها من البدل قال صاحب العناية في حل هذا المحل استدل
الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة
باجرة مؤجلة ولو لم تجعل موجودة كان دينا بدين وهو حرام لا محالة واذا كانت موجودة وجب
ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضي وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابلها من البدل انتهى واورد
عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود المقتضي وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة
مانع عنه انتهى اقول هذا الايراد ساقط لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في
حكم الشرع يجب ان يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للمنع
عنه لان الشرع انما يجعلها موجودة لاجل ان يترتب عليه ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجودها
حقيقة مانعا لزم ان يلغو جعل الشرع اياها موجودة وهذا خلف وعن هذا قالوا ولاية
جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل النطفة في الرحم ولا حيوة فيها كالحي حكما في حق الارث
والعتق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح نعم يرد على مستدل الشافعي كلام من قبل
ائمتنا كما اشير اليه في عامة المعتبرات وهو ان جعل المعدوم موجودا في الشرع انما يكون فيما اذا دعت
الضرورة اليه وفيما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لامكان تصحيح العقد بطريق آخر اوضح و
اوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة
الايجاب والقبول ثم انعقاد العقد في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب

مقام المسبب اصل شائع في الشرع كاقامة المنافع مقام الشفقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهكم
جرا من النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى
من صحة العقد الى افادة الملك فالجواب ان الضرورية اذا ثبت يستتبع لوازمها وافادة الملك
من لوازم الوجود عند العقد انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اراد ان افادة الملك في الحال من لوازم الوجود
عند العقد فممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان حكم العقد يجوز ان ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه
يتراخى الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان اراد ان افادة الملك ولو بعد زمان من
لوازم ذلك فمسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تملك في الحال والجواب المزبور
انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التقريب واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسطور بوجه آخر حيث قال ان اراد
افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فمسلم ولا يفيده وان اراد انها من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم انتهى
اقول ما ذكره في كل من شقي ترديده ليس بسديد اما الاول فلانه ان سلم كون افادة الملك من لوازم الوجود
حقيقة مع افادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة الا يرى ان المبيع يجب
ان يكون موجودا حقيقة عند العقد مع ان البيع بشرط الخيار لا يفيد الملك في الحال كما مر واما الثاني فلان
الوجود الحكمي لا يكاد ان يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والا لم يحصل فائدة في جعل الشرع الوجود
الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم ان لا كون افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها
من لوازم الوجود حكما ايضا فالوجه الوجيه في الترديد وفي المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل قوله وكذا
اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله قال في العناية واعترض بان شرط التعجيل اما
لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب انه يخالف مقتضى العقد
من حيث كونه اجارة او من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس اشتراط التعجيل باعتباره والثاني ممنوع فان تعجيل
البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى اقول في الجواب نظر اما اولا فلان حيثية كونه اجارة
هي حيثية كونه معاوضة مخصوصة فما يخالف مقتضى العقد من احدى هاتين الحيثيتين يخالف مقتضاه من الحيثية
الاخرى فما معنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهل لا يستلزم تسليم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول
فان قيل مراده بحيثية كونه معاوضة حيثية كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيثيتين
قلنا فيلزم ان يكون صحة اشتراط التعجيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة ما مع قطع النظر عن خصوصية كونه
اجارة ولا يخفى ان ذلك الاعتبار لا يخطر ببال احد المتعاقدين عند اشتراط التعجيل على انهما لو صرحا بانهما شرطا التعجيل
في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا واما ثانيا فلان قوله فان تعجيل البدل واشتراطه
لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة وبشرط تعجيل الاجرة قبل ثبوت الملك
في المعقود عليه يفوت المساواة كما لا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو ان شرط

التعجيل في الاجارة لا يخالف مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التعجيل كالبيع الا انه سقط المانع وهو وجوب
المساواة وهو حق المستاجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض بدليلنا
بان الابراء عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت واجيب بان صحة
الابراء على قول ابي حنيفة وابي يوسف ممنوعة وجوازه عند محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات
الحكم وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه
ويصح الابراء لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجبه
ثبوت يد الاستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتعجيل واشتراطه فكذا الرهن به انتهى كلامه اقول
هذا كله ماخوذ من النهاية الا ان التعليل المذكور لتجويز محمد رح الابراء عن الاجرة ليس بسديد لانه كما تحققت
ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب
الاجرة ايضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة ومن هذا قال المص والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن
ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الاخر فلا وجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه
على ان ذلك التعليل لا يتمشى اصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة ايضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع
على ما صرح به في عامة المعتبرات مع ان كلا من البدلين معدوم هناك قطعا فلا فرق في الجانبين اصلا كما لا يخفى
وايد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه اخر حيث قال ان اراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد
في حق الحكم باجماع علمائنا وان اراد غيره فليبنى على انه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من ان قوله ابرأتني اقرار
بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه اقول قد اخذ اصل ايراده من البدايع وانه ساقط اما بيان اخذه من البدايع
فلان صاحب البدايع ذكر لقول محمد رح في جواز الابراء عن الاجرة وجهين واجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل
هنا حيث قال ومعه قول محمد ان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قصد اصحة تصرفهما ولا
صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم
فقال اعتقت ولان الابراء اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل
الموت وسبب الوجوب هنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق
الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين اصحابنا وان كان يعني به شيئا اخر فهو غير معقول الى هنا لفظ
البدايع واما بيان انه ساقط فلانه يجوز ان يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما
افصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبنا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين
وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال الا ترى ان البيع بشرط الخيار ينعقد
فيما بين المتعاقدين ولا يفيد الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بالاسر
عليه من يطلب ذلك فليراجع محله وهو اواخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني واما ما ذكره ذلك المورد

في علاوته من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس بتام ايضا اذ لا مخالفة بين المقامين اصلا كما يظهر
بالتامل الصادق ثم اقول لو ترك صاحب البدايع قيد المنعقد عند تقرير الوجه الثاني من وجهي قول محمد رح
وسبب الوجوب هنا موجود وهو العقد المنعقد بل اكتفى بقوله وهو العقد لما تمشى الجواب الذي ذكره بترديد
المراد بالانعقاد اصلا وكفى في اثبات قول محمد رح وكذا لو لم يتعرض صاحبا النهاية والعناية لحديث الانعقاد في
جانب الاجرة دون المنفعة بل اكتفيا بان يقالا ان الابراء وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن
القصاص بعد الجرح كما اكتفى به في بعض الشروح لما ورد عليهما ذكرنا من تحقق الضرورة في جانب الاجرة ايضا
وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادر ان من المتعاقدين مضافا الى المحل المنعقد
وهو الدار مثلا مرتبطا احدهما بالاخر كاف في السببية ولا حاجة الى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان الانعقاد
حكم الشرع يثبت بضمان الشرع والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها فجاز ان يقال
العقد وجد والانعقاد تراخي الى وجود المنافع ساعة فساعة وهنا هو راي بعض مشايخنا في تفسير قول ائمتنا
ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكره صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه
عنه هناك نعم يجوز ان يعتبر العقد انعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر آنفا لكن الكلام
في توجيه قول محمد هنا هو الطريقة الاخرى تامل ترشد قوله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم
يسكنها قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود احدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء
بان منعه المالك او الاجنبي او سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني ان تكون الاجارة صحيحة فان
الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا يجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث
ان التمكن من المستاجر يجب ان يكون في المكان الذي الذي وقع العقد في حقه حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة
فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان
ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجب الاجر والرابع ان يكون متمكنا من الاستيفاء في المدة فانه لو
استاجر دابة الى الكوفة في هذا اليوم وذهب اليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر لانه
تمكن من الاستيفاء في المكان الذي اضيف اليه العقد لا انه انما تمكن بعد مضي المدة انتهى وقال صاحب
العناية بعد ان بين اعتبار القيود المذكورة بتحرير آخر فان قيل كلام المص ساكت عن اكثر هذه القيود فما
وجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتمادا على دلالة الحال والعرف فان حال المسلم دالة على انه يباشر
العقد الصحيح والفاسد منه يمنعه عن الاقدام على الانتفاع وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه على وجه
ما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم المعقود عليه في مدة العقد ومكانه فكان معلوما عادة وعلى ان
الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فاقتصر عن ذكره لكل اعتمادا عليهما انتهى كلامه اقول في آخر جوابه
خلل اما اولا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع ان كان معطوفا على قوله على انه يباشر العقد

الصحيح او على قوله وعلى ان العاقد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فانها متى صار المعنى فان حال المسلم دالة ايضا
على ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع فيح لكاكه هذا المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف و
المعطوف عليه باجنبي وهو قوله والعرف فاشرانج وان كان معطوفا على قوله على دلالة الحال والعرف حتى صار المعنى
اعتمادا على دلالة الحال والعرف وعلى دلالة ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يلزم ان لا يتم قوله
فاقتصر عن ذكره لكان اعتماد عليهما اذ الظاهر ان ضمير عليهما راجع الى الحال والعرف وعلى المعنى المزبور لا تصير علة
الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع واما
ثانيا فلان قوله وعلى ان الاكراه والغصب مما يمنعان عن الانتفاع يدل على ان الغصب ايضا من القيود المقتضى
ذكرها مع ان المص ذكر صورة الغصب صراحة كما ترى **قوله** لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا
تتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل **قال** صاحب العناية في شرح هذا المقام لان المعقود
عليه جملة المنافع في المدة وما هو جملة في المدة لا تكون مسلمة في بعضها لان الاجزاء الاعراض منطبقة
على اجزاء الزمان فلا يستحق الموجر قبل استيفاء جملة المنفعة شيئا كما في البيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق
قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة قبل
الفراغ كما سيجي انتهى **اقول** في قوله كما في البيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن نظر ظاهر
اذ قد عرف في البيوع انه اذا بيع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا واذا بيع سلعة بسلعة او ثمن
بثمن قيل لهما سلما معا ففي الصورة الاولى يستحق قبض الثمن قبل تسليم المبيع وفي الصورتين الاخريين
يستحق قبض البدلين معا واما ان لا يستحق قبض الثمن الا بعد تسليم المبيع فمما لم يقل به احد والصواب
هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال فما لم يسلم كله لا يجب تسليم شيء من الاجرة كما في المبيع فانه لا يتوقف
وجوب تسليم المبيع على تسليم الثمن بل له حق حبس جملة المبيع ما بقي شيء من الثمن انتهى **قوله** وكذا
اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا **قال** صاحب النهاية هذا وقع مخالفا لعامة
روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الاسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام
وقاضي خان والتمرتاشي والفوايد الظهيرية فانه ذكر في المبسوط في باب من استاجر اجيرا يعمل له في بيته قال
لو استاجر خياطا يخيط له في بيت المستاجر قميصا وخاط بعضه فسرق الثوب فله الاجر بقدر ما خاط فان كل جزء
من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ منه ولا يتوقف التسليم في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود
وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له اثر في العين لا يجب عليه ايفاء الاجر
الا بعد ايفاء العمل كله الا ان يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال ح يكون الجواب فيه كالجواب في الحمال
على قوله الاخر يجب على المستاجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال
وذكر الامام قاضي خان وحيلة لو استاجر خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل عملا يستحق الاجرة بقدره وهكذا ايضا

في غيرها

في غيرها ولكن نقل من التحرير ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المص تبع صاحب التجريد ابا الفضل
الكرماني في هذا الحكم والله اعلم بما هو الحق عندي الى هنا لفظ النهاية **وقال** صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية واقول
كلام صاحب الذخيرة على نقله يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة وادعى ان ذلك انما
يكون اذا عينا لكل جزء حصة معلومة اذ ليس للكم مثلا او البدن او الدوامل حصة معلومة من كل الثوب
عادة فلم تكن الحصة معلومة الا بتعيينهما وح يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله
فيستوجب اجره كما في كل الثوب ولعل هذا معتمد المص انتهى كلامه **اقول** ليس بتام فالذي يخص اما اولا فلانا لا نم
ان ما يدل عليه صاحب الذخيرة من ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة انما يكون اذا عينا لكل جزء
حصة معلومة بل يكون ايضا اذا كان له حصة معلومة عند اهل الخبرة بتوزيع اجرة الكل على كل جزء منه بدون
تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما سيتضح بما سنذكره وقوله
اذ ليس للكم او البدن او الدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع ايضا نعم ليس لشيء من ذلك حصة
معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي ان يكون حصة كل منها معلومة بتوزيع اجرة الكل على الاجزاء كما لا يخفى
واما ثانيا فلانه لو كان مراد صاحب الذخيرة بما اذا كانت له حصة معلومة ما اذا عينا حصة معلومة وصار
ح كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب اجره كما في كل الثوب يلزم ان لا يكون
فرق بين ما اذا كان عمل الخياط او الصباغ في بيت نفسه وبين ما اذا كان عمله في بيت صاحب المال في
وجوب ايفاء الاجر اذ لا كلام لاحد في وجوب ايفاء الاجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال
وفي الاجارة التي تنعقد على العمل ويبقى له اثر في العين فانه لا يجب عليه ايفاء الاجر الا بعد ايفاء العمل كله
وان كانت حصة ما استوفى معلومة الا ان يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فح يجب على
المستاجر ايفاء بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كانت له حصة معلومة من الاجر كما في الحمال انتهى
واما ثالثا فلانه لا معنى لقوله ولعل هذا معتمد المص لان ما ذكره المص يخالف قطعا المنطوق ما في الذخيرة
وهو وجوب ايفاء الاجر على المستاجر بقدر ما استوفى من المنفعة اذا كان العمل في بيته وليس
بمطابق ايضا للمفهوم قوله اذا كانت له حصة معلومة من الاجر وهو ان لا يجب عليه اجر اصلا اذا لم تكن له
استوفى من المنفعة حصة معلومة من الاجر لان مدلول كلام المص ان لا يجب عليه الاجر مطلقا اي سواء كانت له حصة
معلومة من الاجر او لا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل
في غير بيت المستاجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستاجر لا يستوجب
الاجر قبل الفراغ على ان لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته ايضا ولانه قال لما بينا و
مراده به على ما صرح به الشراح قاطبة هو قوله لان العمل في البعض غير منتفع به ولا شك ان ذلك يقتضي
ان لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فاني يصلح ما في الذخيرة لان يكون معتمد المص في كلامه المذكور ولو

ان جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا موهوم محض فكيف ينبغي ان يصار اليه مثله في توجيه كلام المص وهو عَلَم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كانه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلثة التي ذكرناه انفا لا رأى الشارح المزبور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشارح وهو يصير كالجزء بمنزلة ثوب على حدة الى آخره وجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما اذا خاط في غير بيت المستاجر انه اذا خاط في بيته يوجد التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استيجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب اجرا انتهى كلامه اقول جوابه عن بحثه ليس بتام اذ لا شك ان استيجاب الاجر يتحقق بالفراغ ولهذا لو حبس الخياط او الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لا اعطيكه حتى تعطيني الاجر فله ذلك عند ائمتنا الثلثة كما ان للبائع ان يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعتبرات وسياتي في الكتاب الا انه لو هلك المتاع قبل تسليم الخياط او الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كما انه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقق استيجاب الاجر في استيجار نحو القصار والخياط بالفراغ من العمل وان كان بغاية وتقرره بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقق استحقاق الثمن في البيع بتمام العقد وان كان بغاية وتقرره بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقق استيجاب الاجر ولهذا قال في الكتاب وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرته حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا يتم في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي اوردناها على رأي صاحب العناية من شوب الفرق بين ما اذا عمل في بيت المستاجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس تامل **قوله** ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور قال في العناية ذكر هذا البيان حكمين احدهما ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخياط آنفا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون انتهى اقول فيه شيء وهو انه اذا علم من مسئلة الخياط آنفا ان الاجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل فلا ينبغي ان يقصده العاقل فالوجه ان المقصود من ذكر هذه المسئلة انما هو بيان الحكم الثاني وهو ان الفراغ من العمل في الخباز بماذا يكون ويرشد اليه انه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ولم يقل يفرغ من العمل باخراج الخبز من التنور ولو كان مراده بيان الحكمين معا لقال هكذا تدبر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكر مقدمات الاجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الاجارة وما لا يجوز منها انتهى اقول فيه نوع خلل لانه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الاجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر آت عقيب هذا الباب وهو باب الاجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها من المستاجر للموجر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الاجارة وشرطها ووقت

استحقاق

استحقاق الاجرة ذكر ههنا ما يجوز من الاجارة بالاطلاق للفظ وتقييده وذكر ايضا من الافعال ما يعد خلافا من الاجير للموجر وما لا يعد خلافا انتهى اقول فيه ايضا شيء فتامل **قوله** ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت المعدة للسكنى لا ان يقول زمان العقد استاجرت هذه الدار للسكنى لانه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرت انتهى كلامه ومال اكثر الشراح الى سعته في تصوير هذه المسئلة غير ان صاحب الغاية بعد ان ذكر ذلك المعنى ومحمد قال ويجوز ان يتعلق قوله للسكنى بالاستيجار اي يجوز استيجار الدور والحوانيت لاجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله ان يعمل كل شيء لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدوري ايضا لا كلامه اقول فيما قاله تاج الشريعة كلام اما اولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت وكان المعنى ويجوز استيجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لم يظهر للتقييد بقوله للسكنى فائدة اصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوانيت الغير المعدة للسكنى او يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوانيت بانها معدة للسكنى فان كان الاول فيرد عليه عدم تحقق دار وحانوت لم يعد كل للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استيجار كل دار وحانوت ما ذكر في الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل اللغو فان كون الدور والحوانيت مما يعد للسكنى غني عن البيان غير خفي على احد واما ثانيا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له ان يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استيجار الدور او الحوانيت لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى ما هو انفع للبناء من السكنى ينبغي ان يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره كما سياتي في الكتاب فيما هو انفع مما شرط وقت العقد اولى ان لا يعتبر التقييد ثم الانصاف انه لو لم يقع في عبارة مختصر القدوري قيد للسكنى في وضع هذه المسئلة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات المتون لكان اولى واحسن كما لا يخفى

قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كما رد على صدر الشريعة حيث قال لا لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح العقد لانه لا ينتظمه قوله وله ان يعمل كل شيء سوى ما يوهن البناء بل لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه بمطلق العقد انتهى كلامه اقول ليس شيء من شطري كلامه بسديد اما شطره الاول فلان مراد المص وغيره ان العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك يبقى اعمال السكنى على اطلاقها فله ان يعمل كل شيء منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى اعمال السكنى وبين القول بان له ان يعمل كل شيء من اعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى انواعه واصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المص وغيره واما شطره الثاني فلانه لو كان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستاجر الدور والحوانيت بمطلق العقد بدون المصير الى ان المتعارف فيها هو السكنى لزم ان يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى ايضا ولم يقل به

احد بل صرحوا في عامة المعتبرات بانه مصروف بالعرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصح العقد من غير بيان فقالوا ان هذا
استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بد من البيان للجهالة
المفضية الى النزاع كما في استيجار الاراضي للزراعة **قوله** وانه لا يتفاوت فيصح العقد قال صاحب العناية هذا
جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد يتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لا مساس
لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لا في بيان من يسكن انتهى اقول لعل لفظ السكان
في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فمساس السؤال بالمقام ظاهر واما على ما وقع في النسخ
المشهورة فالمراد لكن قد يتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان السكان
في العمل سببا للتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذكر تفاوت السكان قصرا للمسافة ويرشد اليه قوله
ووجهه يقتضي وجه الجواب ان السكنى لا يتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح انتهى حيث
قال ان السكنى لا يتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي
بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صحح صاحب العناية ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال سلمنا ان السكنى
متعارف الخ اقول كلامه ليس بصحيح اما اولا فلان صاحب العناية لم يصحح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط
واما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المص هنا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولانه بل يابا ها اذ
مقتضى هذه النسخة ان يكون قول المص هنا دليلا اخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون
من متممات ما قبله فلم يصح قوله ولهذا قال هذا جواب عما عسى ان يقال الخ وان اراد ان المذكور في لفظ العناية
بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك ايضا بل المذكور فيما رايناه من نسخ العناية عبارة وانه
بدون اللام **قوله** لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة اقول لقائل ان
يقول الظاهر من هذا الكلام ان اعمال السكنى تتفاوت فبعض منها لا يوهن البناء وبعض آخر منها يوهنه كالامثلة
المذكورة فصار مخالفا لقوله فيما مر آنفا وانه يعني السكنى لا يتفاوت ويمكن ان يقال ان معنى قوله السابق انه
لا يتفاوت غالبا فالذي يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال فكل القسم الغالب باق على حاله فله
ان يعمل من ذلك ما شاء فتامل **قوله** ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها
وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا يقع المنازعة اقول لقائل ان يقول في التعليل
شائبة الاستدراك اذ يكفي في تمامه ان يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله انها قد تستاجر
للزراعة ولغيرها لا يطابق المدعى ولا ينفع له في اثباته فالجواب انه لا بد في صحة عقد استيجار
الاراضي للزراعة من امرين احدهما بيان انه يستاجرها للزراعة لانها قد تستاجر لغيرها ايضا فلا بد
من نفي الجهالة وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع
فيها والمص لما راعى اندراج الاول ايضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على ان تسمية

ما يزرع

ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة اشار الى تعليل كلا الامرين اما الى تعليل الاول فبقوله لانها قد
تستاجر للزراعة ولغيرها واما الى تعليل الثاني فبقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك
بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفطن لهذه الدقيقة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استيجار
الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وينبغي ان يذكر انه يستاجرها للزراعة لانها
تستاجر لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض
وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة انتهى **قوله** فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء عملا
بالاطلاق اعلم ان استيجار الدواب للركوب على ثلثة اوجه لان المستاجر اما ان يقول عند العقد استاجرتها
للركوب ولم يزد عليه شيئا او زاد فيه هذا اما ان يقول على ان يركب من شاء او يقول على ان يركب فلان ففي الوجه الاول
يفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافا فاحشا فيكون المعقود عليه مجهولا فاذا ركب شخصا ومضت المدة
فالقياس ان يجب عليه اجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان
يجب المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانها ارتفعت
من الابتداء لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء واذا ارتفع الجهالة من الابتداء
صح العقد فكذا ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسمى ويتعين اول من ركب سواء كان المستاجر او غيره
لانه تعين مرادا من الاصل فصار كما نص على ركوبه ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له ان يتعداه لانه تعين
مقيدا لا بد من اعتباره فان تعدى صار ضامنا وحكم الحمل كحكم الركوب في جميع هذه الوجوه كذا قالوا ثم اعلم
ان الشراح افترقوا في تعيين ان المراد بقول القدوري فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من شاء اي
وجه من هاتيك الاوجه الثلثة فجزم فرقة منهم كتاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بان المراد بذلك
هو الوجه الثاني وهو ان يقول على ان يركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد
بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدي والامام ابو نصر الاقطع في شرحيهما لمختصر القدوري
وجزم فرقة اخرى منهم كصاحب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الحمل على الوجهين احدهما آخر حمل
الوجه الاول وهو انقلاب العقد الى الجواز بعدما وقع فاسدا بان يكون معنى قوله فان اطلق الركوب
جاز له ان يركب من شاء انه لو ركب من شاء ينقلب العقد الى الجواز بعدما وقع فاسدا وثانيهما الوجه الثاني
كما ذكرناه من قبل اذا عرفت هذا فاقول ان تعليل المص هذه المسئلة اعني قوله فان اطلق الركوب
جاز له ان يركب من شاء بقوله عملا بالاطلاق يقتضي ان يحملها المص على الوجه الثاني فقط لانه انما
يتمشى عند الحمل على الوجه الثاني لا عند الحمل على آخر الوجه الاول اذ لا شك ان علة انقلاب العقد الى
الجواز في الوجه الاول انما هي تعين المعقود عليه انتهاء لا الاطلاق وانما الاطلاق علة الفساد
ابتداء ومن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المص حيث

قال فاذا اطلق بان قال على ان يركب ويلبس من شاء جاز له ان يركب ويلبس من شاء عملا باطلاق اللفظ
انتهى تدبر قوله وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو
مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم كان يحمل ما هو اقل في الضرر واما مثال ما هو مثل في الضرر فكما اذا
اذا سمى خمسة اقفزة حنطة بعينها فحمل خمسة اقفزة حنطة اخرى وانما ترك هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب
النهاية في شرح قوله كالشعير والسمسم هذا لف ونشر فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل
اذا كان التقدير فيهما من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح الكاكي كما هو دابه في اكثر الاحوال وقال
صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى قوله مثل الحنطة في الضرر ويرجع قوله
والسمسم الى قوله اقل وليس ذلك بشيء لان الشعير ليس مثل الحنطة بل اخف منها ولهذا لو شرط ان يحمل عليها
مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثلا لها لم يضمن كما لو شرط
ان يحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله اقل الى هنا كلامه وقال
صاحب العناية وذكر في النهاية ان في الكلام لفا ونشرا فان الشعير ينصرف الى المثل والسمسم ينصرف الى الاقل
اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السمسم ايضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل فانما يكون
السمسم مثل الحنطة في الكيل ولا شك ان المراد بالمثل والاقل ههنا ما هو مثل او اقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب
وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقلة في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن
بين السمسم والحنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل امر بديهي فكان صاحب العناية توهم من كون التقدير من حيث الكيل
كون المثلية والاقلية ايضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم يرد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعير مثل الحنطة
في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما افصح عنه صاحب الغاية قوله وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت
ضمن نصف قيمتها قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا اردف صبيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك
بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتهى وقال بعض الفضلاء اقول ان قوله ولان الادمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل
تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك انتهى اقول ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار
بمنزلة الحمل صار بمنزلة غير الادمي فلم يدخل تحت قوله ولان الادمي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل
بل يرشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم الفقه في اعتبار عدد الراكب في الادمي لا الثقل هو ان الادمي يخف بعلم
الفروسية وعن هذا قال شمس الائمة الحلواني هذا الذي ذكر من الجواب فيما اذا اردف مثله واما اذا اردف صبيا يضمن
بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه فكان ثقله بمنزلة الحمل كذا في التتمة الى هنا لفظ النهاية تامل
ترشد ثم انه لا مجال للقصد الى تضعيف ذلك القول لانه مما تقرر في عامة معتبرات الفتاوى وناهيك قوة شمس الائمة
الحلواني في ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا انه لما قال صاحب الكافي ولان الادمي لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب
الهداية ولان الادمي غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس قد وزنوا انفسهم

بالقبان

بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتهى فكانه زعم ان صاحب الكافي اراد انه لا يمكن ان يوزن
الادمي بالقبان اصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن ان يوزن اصلا الا ان يكون جرما
او جسما لطيفا قوله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد قال
صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مراد بمطلق العقد لا داخل تحته والجواب ان اللام
في المتعارف للعهد اي الكبح المتعارف او الضرب المتعارف وهو يكون داخلا لا مرادا لان العقد المطلق يتناوله
وغيره انتهى كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جانبي السؤال والجواب اما في الاول فبان قال ويجوز ان يقال
المراد بالدخول عدم الخروج واما في الثاني فبان قال ولعل الاولى ان يقول اي الفعل المتعارف انتهى اقول
كل من تصرفيه ساقط اما الاول فلان كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف
الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح في العبارة واما الثاني فلانه لو قال في تفسير المعهود
اي الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذ الفعل المتعارف مطلقا مراد بمطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل
المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف او الضرب المتعارف واذا اراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف
او الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقا احتاج الى تفسير آخر في تبيين المراد فالاولى جواب العناية كما
لا يخفى قوله وفي الاجارة والاعارة يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال
لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود فانه لما جاوز الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب
لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح
ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على احد هذين واجيب عنه
في النهاية وكثير من الشروح بانا نزيد في الماخذ فنقول انما يبرأ بالرد الى احد هذين او الى من لم يوجد منه سبب
ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية
ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على احدهما يوجب البراءة البتة وليس
كلما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان يحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب
هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل انتهى اقول يرد عليه ان قولهم ليس
كلما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على احدهما لجواز ان تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من
قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك او على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض
ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا ان يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان
الغاصب لا يبرأ الا بالرد على احدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز ان يحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض
الفضلاء ان يجيب عما يرد على ما في العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال فكيف يستقيم الحصر المدلول عليه
بقوله ولا يبرأ الا بالرد على المالك او نائبه لظهور صحته بالنظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستاجر الذي

فعل بها فعل مستاجر من غاصب الدابة فقد برا انتهى كلامه اقول ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرا الا
بالرد على المالك او نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بان يقال المستاجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب
لا يبرا عن الضمان الا بالرد على المالك او نائبه فهو لا يبرا عنه الا باحدهما فلم يوجد هنا شيء منهما فظهور صحة الحكم بالنظر
الى ما نحن فيه لا يفيد صحته بالنظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرا الا بالرد على
المالك او نائبه ان المستاجر فيما نحن فيه لا يبرا الا بالرد على احدهما لا ان الغاصب مطلقا لا يبرا الا بالرد على احدهما
لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون لذكره وجوابه عنه وجه فان قيل
يجوز ان يكون مراده ح بغاصب الغاصب في النقض هو المستاجر الذي استاجر من غاصب الدابة وفعل بها فعل الغا
الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه ايضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذاك بالنظر الى ما نحن فيه
ايضا فلا يتم المطلوب فالحاصل ان الجملة لتصحيح ما في العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما نبهنا عليه
من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما ان يد المستاجر كيد
المالك حتى يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة
كما في الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي تشبث به عيسى بن ابان في الطعن في جواب الكتاب
ولكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه
كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا ان المنفعة له في النقل فاما يد المستاجر
يد نفسه لانه هو المنتفع في استمساك العين المستاجرة ولهذا لو لم يكن له في استمساك العين نفع لما اختار استمساك
العين على الدين الاجرة انتهى وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن ابان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه
في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الحاق العارية بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم
لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستاجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة
الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشيئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد
من تفرقة لتحقق الالحاق والاتحاد في المناط كاف للالحاق وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى تعديا
ثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيهما لا محالة انتهى اقول هذا الجواب ليس بمستقيم
لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للالحاق على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك الذي
عده مناطا مناطا للالحاق في حكم الضمان فان يد المستاجر ان كان كيد المالك كان تعدي المستاجر بالتجاوز
عن المسمى في حكم تعدي المالك في مال نفسه فلا ينبغي ان يضمن المستاجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الالحاق
واحدة من الاجارة والعارية بالاخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بمنع دلالة ما ذكر
في الطعن على كون يد المستاجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما نقلناه آنفا قوله
كما اذا حمل الحديد مقدار ما شرط له الحنطة قال صاحب العناية فيه نظر لانه عكس ما نحن فيه من المثال لان ما جعل

ذلك مثالا للمخالفة فقط من غير نظر الى الانبساط وعدمه انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما قال صاحب
العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد بقدر وزن الحنطة المشروطة لا ياخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذ الحنطة
وهذا ظاهر انتهى اقول بل فساد كلامه ظاهر لان تعليله ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قدر وزن
الحنطة المشروطة اذا لم ياخذ من ظهر الدابة قدر ما ياخذه الحنطة المشروطة تعين العكس حيث كان
ما حمله المستاجر على الدابة وهو الحديد اقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرط له في العقد وهو الحنطة وقد كان فيما
نحن فيه ما وضعه المكري على الحمار وهو الاكاف اكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهذا عكس
ذلك لا محالة

باب الاجارة الفاسدة

تاخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها
لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كما لا يخفى **قوله** والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به
المسمى قال جمهور الشراح اي الواجب فيها هو الاقل من اجر المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان
فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعتبار واحد
منهما يجب اجر المثل بالغا ما بلغ كما صرح به في الذخيرة والمغني وفتاوى قاضي خان وقال صاحب العناية والواجب
في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة
الفاسدة للعهد كما رايت لسياق الكلام ودفعا لما قيل الاقل من الاجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط
اما اذا فسدت لجهالة المسمى او لعدم التسمية وجب اجر المثل بالغا ما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغني
وفتاوى قاضي خان انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان قوله والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الى لفظ
القدوري في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذكور للعهد لان قوله الاجارة تفسد
بالشروط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبيل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الورقتين ووقع بينهما مسائل
كثيرة من مسائل الاجارة الصحيحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلا معنى لان يجعل سياق الكلام علة لجعل
اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبيل قوله المذكور كما ترى لكن الكلام في تصحيح
كلام القدوري واما ثانيا فلانه لو كان اللام في القول المذكور للعهد فكان المعنى ما ذكره لزم ان يكون
المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وان يكون
حكم باقي انواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند ابي حنيفة
متروك الذكر بالكلية غير مبين اصلا لا في مختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتبرات
وهذا مما لا يقبله الفطرة السليمة واما ثالثا فلانه انما دفع بجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل
على الوجه الذي ذكره يرد عليه ان من مسائل الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الاقل من اجر المثل ومن
المسمى بل يجب فيه اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا استاجر دارا او حانوتا سنة بمائة درهم على ان يرمها المستاجر
فان الواجب على المستاجر هنالك اجر المثل بالغا ما بلغ صرح به في فتاوى قاضي خان وغيرها وذكر في النهاية

ايضا نقلا عن فتاوى قاضي خان المحيط وكثير من النظائر التي صرح بها في المعتبرات فينتقض بمثل ذلك قوله الواجب
في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من اجر المثل والمسمى ثم اقول الحق عندي ان اللام في القول المذكور
ليس للعهد كما زعم صاحب العناية بل هو للاستغراق او للجنس وانه لا حاجة الى تقييد الحكم المذكور بان يكون فيما اذا
كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور
الشراح وذلك لان معنى الكلام ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك
مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تتصور فيه فانه اذا لم يكن هناك اجر مسمى او كان المسمى مجهولا لا يمكن
ان يجاوز المسمى بشيء اصلا للقطع بان المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغو ان يقال هناك لا يجاوز المسمى
باجر المثل فصار المحصل المعنى ان الواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل الا ان يكون هناك مسمى معلوم فحينئذ لا يجاوز
المسمى بل يجب الاقل منهما فعلم منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب اجر المثل بالغا ما بلغ ان لم يكن
هناك مسمى معلوم ووجوب الاقل من اجر المثل ومن المسمى ان كان هناك مسمى معلوم والحاصل ان الشراح جعلوا
وجوب الاقل من اجر المثل ومن المسمى معنى مجموع الكلام المذكور فوقعوا فيما وقعوا واذا جعل ذلك معنى آخر الكلام
المذكور وهو قوله لا يجاوز به المسمى وابقي اوله على ظاهره وهو وجوب عين اجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة
الفاسدة مطلقا مستوفا بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتامل وكن الحاكم الفيصل قوله ومن
استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور قال تاج الشريعة فان قلت لو كان
فاسدا لجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانعقاد الاجارة في اول الشهر فقبل الانعقاد كيف
تفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب اقول في الجواب نظر لان انعقاد الاجارة وان كان
في اول الشهر الآتي الا ان عقدها قد تحققت في الحال بالايجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق
العقد وقد مر في اول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة
في توجيه تراخي الانعقاد الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علته في الحال وهي العقد ان الانعقاد حكم
الشرع والعلل الشرعية تغاير العلل العقلية في جواز انفكاكها عن معلولاتها فلو لم يجز الفسخ قبل اوان الانعقاد
ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانعقاد لما جاز فسخ الاجارة الصحيحة ايضا بعذر او عيب قبل استيفاء
المنافع تماما فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانعقاد في حقه فيلزم الفسخ قبل الانعقاد بالنظر اليه
مع انه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب قوله واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض
الاجارة لانتهاء العقد الصحيح قال في المحيط البرهاني وفي الاصل اذا استاجر الرجل من آخر دارا كل شهر
بعشرة دراهم فان ابا حنيفة قال هذا جائز ولكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر فان سكن يوما او يومين
لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلف عبارة المشايخ في تخريج المسئلة بعضهم قالوا اراد بقوله جاز ان الاجارة
في الشهر الاول جائزة فاما فيما عداه من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة الا انه اذا جاء الشهر الثاني

ولم ينفسخ

ولم ينفسخ كل واحد منهما الاجارة في راس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول
وبعضهم قالوا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رح في الكتاب يدل عليه
وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير نكير منكر وانما يثبت
الخيار لكل واحد منهما راس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيانها
ان موضوع الاجارة ان لا تزيل الرقبة عن ملك الموجر ولا تجعلها ملكا للمستاجر فمتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما
راس الشهر لزال رقبة المستاجر عن ملك الموجر معنى لانه لا يمكنه سكناها ولا بيعها ولا هبتها ابد الدهر لانه لا نهاية
لجملة الشهور وهذا لا يجوز فلهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في راس كل شهر وان
كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الا ان المشايخ بعد هذا اختلفوا في كيفية
امكان الفسخ لكل واحد منهما راس كل شهر وانما اختلفوا لان راس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي
يهل فيها الهلال فكما اهل الهلال مضى راس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار وقبل ذلك
لا يمكنه الفسخ لانه لم يجيء وقته والصحيح في هذا احد الطرق الثلثة اما ان يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي
المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر فاذا انقضى الشهر واهل الهلال عمل الفسخ ح
عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول
ابو نصر محمد بن سلام البلخي ونظير هذا ما قال محمد رح في البيوع اشترى عبدا على انه بالخيار فحم العبد وفسخ
المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى ان يزول الحمى في مدة الخيار وقال في المضاربة
رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى ان يصير مال
المضاربة دراهم او دنانير فينفذ الفسخ ح كذا هاهنا او يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر فسخت
العقد راس الشهر فينفسخ العقد اذا اهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة
يحتمل الاضافة فكذا فسخه يحتمل مضافا او ينفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا
القائل يقول لم يرد محمد بقوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة راس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة
التي يهل فيها الهلال فانما اراد به راس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال
ويومها وهذا كما قال محمد رح في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضين حق فلان راس الشهر فقضاه في
الليلة التي يهل فيها الهلال او في يومها لم يحنث استحسانا الى هنا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة ايضا
ونقل صاحب النهاية عن الذخيرة بنوع اجمال منه اقول لقائل ان يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلثة
المذكورة لا يلائمان عبارة الكتاب في وضع هذه المسئلة فان محمدا قال في الاصل ولكل واحد منهما ان
ينقض الاجارة في راس الشهر والامام قاضي خان قال في فتاواه رجل آجر دارا او حانوتا كل شهر
بدرهم كان لكل واحد منهما ان ينفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال هنا واذا تم كان لكل واحد

منهما ان ينقض الاجارة ولا يخفى ان مقتضى هذه العبارات ان يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما
عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني لا قبل ذلك فدلالة ذينك الطريقين على ان يثبت لهما
خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه اقول يمكن ان يقال نفاذ الفسخ وتاثيره في ذينك
الطريقين ايضا عند ان ينقضي الشهر الاول واهل هلال الشهر الثاني وان كان التكلم بالفسخ فيهما
في خلال الشهر الاول فيجوز ان تكون تلك العبارات في موضع هذه المسئلة بناء على ان الظهور اثر ثبوت
الخيار لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول راس الشهر الثاني هذا غاية ما يمكن في توجيه الطريقين
المزبورين وان كان ينبو عنه ظاهر اللفظ ثم ان الامام الزيلعي رد على من قال من المشايخ في تخريج هذه المسئلة
ان العقد جائز في الشهر الثاني والثالث ايضا لتعامل الناس من غير نكير منكر الا ان لكل واحد منهما
خيار الفسخ راس كل شهر لنوع ضرورة حيث قال في شرح الكنز ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح
في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل اذا كان مخالفا للدليل لا يعتبر انتهى اقول
بل لا معنى لما قاله الزيلعي لان التعامل اذا وقع من غير نكير منكر فقد حل محل الاجماع وفيما نحن فيه وقع
كذلك على ما صرح به من قال من المشايخ بجواز العقد في كل الشهور والاجماع دليل قطعي والدليل الذي خالفه
التعامل هنا انما هو كون جهالة المدة مفسدة للعقد وهو موجب القياس والقياس دليل ظني لا يصلح المعارضة
للدليل القطعي اصلا فضلا عن ان لا يعتبر القطعي في مقابلته على انه قد تقرر عندهم ان الجهالة المفسدة للعقد
انما هي الجهالة المفضية الى النزاع دون مطلق الجهالة كما مر في البيوع وجهالة المدة فيما نحن فيه ليست بمفضية
الى النزاع اذ لكل واحد منهما نقض العقد في راس كل شهر فكيف يقع النزاع قوله لان الاوقات كلها في
حق الاجارة على السواء قال صاحب العناية في تعليله لذكر الشهور منكورا وتبعه الشارح العيني اقول ليس ذاك
بسديد اما اولا فلان المذكور في مسئلة الكتاب هو السنة دون الشهور واما ثانيا فلان المذكور في مسئلة النذر
بالصوم ايضا منكور مع ان الجواب مختلف والصواب في تعليل ذلك ان يقال لان كل الاوقات محل للاجارة اذ
لا منافاة بين الاجارة وبين وقت ما اصلا فان هذا التعليل هو الفارق بين المسئلتين وهو الموافق لقول
المصنف بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له فتبصر قوله ثم ان كان العقد حين يهل الهلال قال صاحب
النهاية بضم الياء وفتح الهاء على صيغة بناء المفعول اي يبصر الهلال وقال اراد به اليوم الاول ورد عليه
صاحب الغاية حيث قال فسر بعضهم في شرحه قوله حين يهل بقوله المراد به اليوم الاول وفيه نظر لانه ليس
حين يهل الهلال بل هو اول الليلة الاولى من الشهر انتهى كلامه اقول نظره ساقط لان صاحب النهاية
قد فسر قوله يهل الهلال بقوله اي يبصر الهلال فعلى مقتضى هذا التفسير كان معنى قوله حين يهل الهلال حين يبصر
الهلال وهو اول الليلة من الشهر قطعا وليس مراده بقوله اراد به اليوم الاول تفسير معنى قوله حين يهل الهلال
الذي قد علم معناه من تفسيره السابق قطعا بل مراده بذلك بيان انه ليس المراد بقولهم حين يهل الهلال في هذه المسئلة

معناه الحقيقي

معناه الحقيقي وهو اول الليلة من الشهر لتعسر كون العقد فيه بل المراد به معناه العرفي وهو اليوم الاول من الشهر وهذا
نظير ما قالوا في المسئلة الاولى لم يرد بحلول راس الشهر في قوله لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة في راس الشهر
من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال بل راس الشهر من حيث العرف والعادة وهو الليلة التي يهل فيها الهلال
ويومها فلا يرد عليه النظر المزبور اصلا قوله ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل الخ اقول ينتقض هذا
بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار
الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عليه السلام قال فيه حجي عن ابيك واعتمري انتهى فان ذلك صريح في وقوع القربة
عن غير العامل قال صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القربة متى وقعت يقع ثوابها للفاعل لا للغير انتهى اقول
يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي ايضا في اول باب الحج عن الغير من ان الاصل ان الانسان له ان يجعل ثواب
عمله لغيره صلوة كانت او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والاخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ
جعل ثواب تضحية احدى الشاتين لامته انتهى فليتامل قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى
من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح اقول فيه بحث لانه ان اريد ان المعلم لا يستقل
في التعليم بشيء اصلا فممنوع فان التلقين والالقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للمتعلم وانما وظيفته
الاخذ والفهم وان اريد ان للمتعلم ايضا مدخلا في ظهور اثر التعليم وفائدته فان المتعلم ما لم ياخذ ما
القاه المعلم ولم يفهم ما لقنه لم يظهر لتعليمه اثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل
نفسه مما يعد عليه لا فعل الاخر ولا ما يترتب على فعل الاخر كما لا يخفى فان قلت التعليم
والتعلم متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيؤول اخذ الاجرة على التعليم الى اخذها على التعلم
الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات امر غير واضح بل غير مسلم ولو سلم يكفي التغاير الاعتباري لنا
اذ لا شك في اختلاف التعليم والتعلم في كثير من الاحكام فليكن من احد الاجرة عليه كذلك فتامل قوله وبعض مشايخنا
استحسنوا الاستيجار على تعليم القران اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع
حفظ القران وعليه الفتوى اقول فيما ذهب اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل
الثالث المارين آنفا ان لا يمكن تحقق ماهية الاجارة وهي تمليك المنافع بعوض في الاستيجار على تعليم
القران ونظائره بناء على عدم القدرة على تسليم ما التزمه المؤجر من المنفعة فكيف يتيسر استحسان الاستيجار
في هاتيك الصور وصحة استحسانه فرع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتامل في دفع هذا الاشكال
القوي لعل ما كتب فيه العبارات الان لا يسلم صحة ذينك الدليلين قوله واما التهاتر فانما يستحق حكما
للعقد بواسطة الملك الى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا هذا جواب عن قولهما او بالتهاتر وحاصله ان التهاتر
من احكام العقد بواسطة الملك فهو متاخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة

على التسليم ولا يمكن اثباته بالتهاني لانه لا يمكن ان يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتا كذا في العناية
واعترض بعض الفضلاء على ما في الهداية اما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهما لم يقولا ان التهاني هو
القدرة على التسليم بل يقولان يتحقق التسليم به فكما ان التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك
يقال في التهاني انتهى واما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتا وما نحن بصدده
منه انتهى اقول كل واحد منهما ساقط اما الاول فلان كلام خال عن التحصيل لان ما ذكر ههنا من قبل ابي
حنيفة ليس بمبني على ان يكون مدار ما قال صاحباه على ان التهاني هو القدرة حتى يتجه الاعتراض عليه بانهما لم يقولا
ان التهاني هو القدرة بل قالا يتحقق التسليم به بل ذلك مبني على ان قولهما او بالتهاني في قولهما والتسليم
ممكن بالتخلية او بالتهاني يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت على التهاني فيرد عليه من قبله
انه يقال ثبوت التهاني بل ثبوت القدرة على التهاني متأخر عن تحقق العقد لانه انما يستحق حكما للعقد
بواسطة الملك والقدرة على التسليم متقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن ان يكون ثبوت
المتقدم بثبوت المتأخر وهذا معنى قول المص ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غبار عليه اصلا واما الثاني
فلانه لا شك في جواز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتا كما في الاستدلال من الاثر على المؤثر ولكن
ما نحن بصدده ليس منه لا محالة اذ لا يشك عاقل في ان ليس معنى قولهما والتسليم ممكن بالتخلية او
بالتهاني ان ثبوت العلم بامكان التسليم بالتخلية او بالتهاني بل معناه ان ثبوت نفس امكان التسليم
اي القدرة عليه بالتخلية او بالتهاني وما نحن بصدده جواب عن قولهما ذلك فكان المراد به ايضا ما اريد
هناك **قوله** بخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء قال صاحب العناية
ليس لقوله هذا تعلق ظاهر الا ان يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما او من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما اذا اجر من
رجلين نبوة عن ذلك يعرف بالتأمل انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مقصود المص من قوله هذا
دفع اشكال يرد على دليل ابي حنيفة وهو ان الشيوع الطاري لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم
هناك ايضا ولا شك ان لهذا تعلقا ظاهرا بما نحن فيه من غير احتياج الى ان يجعل تمهيدا لما بعده **قوله** وبخلاف
ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طاري قال تاج الشريعة فان قلت
الشيوع مقارن لا طاري فانها عقد مضاف تنعقد ساعة فساعة فكان الطاري كالمقارن قلت بقاء الاجارة له
حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا انتهى كلامه وقرر صاحب العناية جوابه حيث قال
فان قيل لا نم انه طاري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة اجيب بان بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها
عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير اللازم هو الذي يكون للبقاء فيه حكم الابتداء كما
تقدم في الوكالة على انه لو ثبت هنا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما الخصم يقول لا بقاء للعقد فيها انتهى اقول
كل من اصل رده وعلاوته فاسد اما الاول فلان قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه لا الى المجموع

من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لا الى قوله من وجه وحده كما توهمه صاحب العناية وبنى عليه رده كما ترى فمعنى
الجواب ان لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير اللازم يكون لبقائه
حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوع مقارنا للعقد من
هذا الوجه فلم يكن الطاري كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوع الطاري
والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى طوى في تقرير الجواب قول المجيب
دون وجه فلم يدر ان الجواب ح لا يكون دافعا للسؤال اصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق
واما الثاني فلان ثبوت البقاء لعقد الاجارة مما لم ينازع فيه احد فان الاصل عندنا ان العين المستأجرة
اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط
احدهما بالآخر باق شرعا ببقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في
حق المعقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقرر في صدر كتاب الاجارة
منكشف بما ذكر ههنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوع الطاري بان اجر رجل من رجلين ثم مات احد
المستأجرين او بان اجر رجلان من رجل ثم مات احد الموجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن
صبيح عن ابي ح لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوع المقترن
بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه فاما اصل العقد
فمنعقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوع طاري والشيوع الطاري ليس نظير المقارن كما في
الهبة اذا وهب كل الدار ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط
والاسرار ايضا فتنبه **قوله** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة قال في النهاية اعلم ان القياس
يأبى جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا هو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة
او بقرة مدة معلومة باجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوزناها استحسانا لقوله تعالى فان ارضعن
لكم فآتوهن اجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية
والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صباغا
يصبغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز ان يجعل العقد واردا على فعل الصابغ والصبغ يدخل فيه
تبعا فلم يكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا وبهذا خرج الجواب عن فصل البقرة و
الشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية
اقول هذا تحرير ركيك بل مختل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في ان المعقود عليه في استيجار
الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها للصبي واللبن تبع كالصبغ في الثوب وقال
بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني

ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الى آخره هو القول الاول فهل يصح
ان يقال في المسئلة المتفق عليها ان القياس يابى جوازها ولكن جوزناها استحسانا فيذكر في وجه القياس
ما يختص باحد القولين في معنى ما تلك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا
يخفى انه لا يصح على احد القولين وجه القياس ولا يصح على القول الآخر وجه الاستحسان فلا يوجد في
المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على ان ما ذكر في وجه الاستحسان تقتضي انتفاء ذلك القياس
راسا لا ترك العمل به بعد تقرر ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تامل تقف
قوله لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن قال الشراح يعني بعد الطلاق اقول الاولى
ان يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب الطلاق وهو قوله وان استأجرها
وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال في تفسير قول
صاحب العناية يعني بعد الطلاق يعني بعد الطلاق البائن وقال اذ لا يجوز بعد الطلاق الرجعي قبل انقضاء
العدة انتهى اقول ليس ذلك بتام لانه لا يجوز بعد الطلاق البائن ايضا قبل انقضاء العدة في رواية وهي
التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المص هناك وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة
في رواية انتهى فتدبر قوله والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا يقع على اتلاف الاعيان مقصودا الخ
القول الاول اختيار صاحبي الذخيرة والايضاح واختاره المص ايضا كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الائمة
السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم بعض المتاخرين ان المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي
وما يحتاج اليه فاما اللبن فتبع فيه لان اللبن عين والعين لا يستحق بعقد الاجارة كلبن الانعام ثم قال
والاصح ان العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق
به هكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رح فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز
بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة انتهى كلامه وتعجب صاحب
النهاية من اختيار المص ما اعرض عنه الامام الكبير شمس الائمة السرخسي بعد ان ارى مثل هذا الدليل الواضح
والرواية المنصوصة عن محمد رح ورد عليه صاحب العناية بعد ان روى تعجبه منه ذلك حيث قال
وهو تقليد صرف لان الدليل ليس بواضح لان مداره قوله لانه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود
هو الارضاع وانتظام مصالح الصبي على وجه خاص يتعلق بامور وسائط منها اللبن فجعل العين الواحدة
منفعة ونقض القاعدة الكلية اذ عقد الاجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح
ليس بواضح ولا تشبث له بما روي ابن سماعة عن محمد رح انه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة
دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة وانما الكلام
في استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك الى هنا كلامه اقول

لانه ليس بظاهر الرواية ولو كان ... الذي يتحقق بعقد
الاجارة ع

فانه كلام ليست بصحيحة اذ في كلام محمد ما يدل على ان استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لانه قال استحقاق
لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه ولا شك انه لا دلالة على عدم جواز بيعه الا بان يكون
استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا بان الصبغ في الثوب يستحق بعقد الاجارة تبعا مع انه مما يجوز
بيعه قطعا ثم ان للشارح العيني ههنا كلمات كثيرة من خرفة ذكرها تقوية لما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي
وردا على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فان ذكرنا كلها وبينا حالها التزمنا الاطناب الممل
ولكن لا علينا ان نذكر نبذا منها قولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية والعناية قلت قول شمس الائمة هو الاقرب
الى الفقه لان الاعيان تحدث شيئا فشيئا مع بقاء اصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع
بالمتاع ثم يرده والعرية لمن يأكل ثمرة الشجرة ثم يردها والمنحة لمن يشرب لبن الشاة ثم يردها ثم قال
في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد رح انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار اصحاب
محمد وابي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه اقول
كل مما قاله في الاول والآخر فاسد اما ما قاله في الاول فلان تحدث المنافع شيئا فشيئا ان لا يكون لها بقاء
اصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك ان هذا المعنى ليس بمتحقق في الاعيان فكيف
تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعا اذ حقيقة الاجارة تمليك المنافع
بعوض دون تمليك الاعيان فان تمليك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا امر مقرر عند الفقهاء
قاطبة وما ذكره من التنظيرات او التشبيهات مما لا يجدي شيئا اما صورة العارية فلان العين هنا
باق على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بما نحن فيه واما الصورتان الاخريان فلان العين
فيهما وان كان ملكا للغير لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه
اذ الكلام في ان عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من العقود لا يرد عليها واما ما قاله في الآخر فلان
المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم
رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكورا في مواضع شتى قد صرح به الشراح قاطبة حتى ذلك
الشارح نفسه ايضا في كتاب الاقرار ولا شك ان مراد صاحب العناية ايضا ههنا بقوله ان ما روى ابن سماعة
عن محمد ليس بظاهر الرواية انه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد رح التي هي الرواية المعتد بها جدا
وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعا وما الشبهة فيه الا من الغفول عن
اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكانه نسي ما قدمت يداه قوله واذا ثبت ما ذكرنا
يتضح انه كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الحذقة قال جماعة من الشراح في تفسير قوله
ما ذكرناه يعني من جواز الاجارة باحد الطريقين اقول فيه نظر اذ لو كان مراد المص بقوله ما ذكرنا
ما يعم الطريقين لما تم قوله اعتبارا بالاستيجار على الحذقة لان الاعتبار بالاستيجار على الحذقة الى الكسل

على ذلك لا يتضح على الطريق الثاني فان العقد في الاستيجار على الحضانة يقع على اتلاف المنفعة مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبار احدهما بالاخر فالحق ان مراده بقوله ماذكرنا ما اخترناه من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني ومن هنا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة واخر ذكر القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا باصل المسئلة واما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافقا للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال وركاكة الجواب الذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قدم في اول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل فما فائدة هذا الكلام قلت اثبت جوازها بالكتاب والسنة اولا ثم رجع الى اثباتها بالقياس انتهى تدبر تفهم **قوله** ومعنى تسمية الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه قال صاحب النهاية هذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يحتمل ان يكون معناه اي سمى الدراهم المقدرة بمقابلة طعامها ثم اعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة انتهى اقول ليت كيف يستفاد هذا المعنى من ذلك اللفظ حتى يصح طعنه في المعنى الذي ذكره المص بانه لا يستفاد من ذلك اللفظ وقبول هذا المعنى فان هذا المعنى ان لم يكن اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المص فلا اقل من المساواة لانه انما يصير اليه بحذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه في ذلك اللفظ اي لفظ الجامع الصغير بان كان تقديره ان سمى بدل الطعام دراهم كما حمله عليه الامام الزيلعي جاز ان يفهم منه اول المعنى الذي ذكره المص وهو قوله ان يجعل الاجرة دراهم ولكن لا يفهم منه اصلا اخره وهو قوله ثم يدفع الطعام مكانه كما نبه عليه الامام الزيلعي حيث قال لكن لا يفهم منه انه اعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير انتهى واما المعنى الذي ذكره صاحب النهاية فلا اشتراك في الاخر مع المعنى الذي ذكره المص في لزوم تفصيل اولهما على ما في اول المعنى الذي ذكره المص فان فهم ذلك التفصيل من المضاف المقدر في لفظ الجامع الصغير كان المعنيان متساويين في انفهام البعض الاول منهما من ذلك اللفظ وعدم انفهام البعض الاخر منهما منه والا كان المعنى الذي ذكره صاحب النهاية اكثر بعدا من ذلك اللفظ من المعنى الذي ذكره المص فلا وجه لترجيح الثاني وقبول الاول **وقال** صاحب العناية بعد ان نقل ما قاله صاحب النهاية وهو حق ولكن لو قدر في كلام المص لفظة بان يقال ان يجعل الاجرة دراهم بدلا آل الى ذلك انتهى **اقول** لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام ان تقدير بدلا بعد ان اخذت كلمة ان يجعل مفعوليها ركيك من حيث الاعراب والمعنى فعليك بالتامل الصادق مع ملاحظة قوله ثم يدفع الطعام مكانه وذكر بعض الفضلاء توجيهين آخرين للفظ الجامع الصغير حيث قال يجوز ان يكون الطعام منصوبا على نزع الخافض اي للطعام او المراد بالتسمية هو التعيين اي عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي تامل انتهى كلامه **اقول** كلا التوجيهين مجروح اما الاول فلانه قد تقرر في علم النحو ان حذف حرف مع غير ان وان انما يجوز فيما يسمع نحو استغفرت الله

دنبا اي من ذنب ونجاه الخبراي نجى لوا ما فيما لا يسمع فلا يجوز ولهذا لم يجز حذف الجار في امر بالك ان الاسد اذ لم يسمع ومن هذا قال ابن الحاجب ولا تقول اياك الاسد لامتناع تقدير من انتهى وفيما نحن فيه لم يسمع فلا يجوز نزع الخافض اي حذف حرف الجر ولهذا لم يتعرض المص وغيره من الثقات لهذا التوجيه مع ظهوره جدا **واما** الثاني فلانه اذا كان المراد بالتسمية هو التعيين لا يصح تعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي والا يلزم الجمع بين معنيي التسمية وهو لا يجوز سواء كان اللفظ حقيقة في كل واحد من المعنيين او حقيقة في احدهما مجازا في الاخر اذ لا يجوز عموم المشترك ولا الجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا على ما عرف في علم الاصول **قوله** ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان قال كثير من ثقات الشراح في شرح قوله اوصافها اي اوصاف الطعام على تاويل الحنطة انتهى **اقول** فيه نظر اذ لا شك ان المراد بالطعام في مسئلتنا هذه ما يعم الحنطة وغيرها فكيف يتم تاويله بالحنطة في مقام الاستدلال على العام **والحق** عندي انه مرجع الضمير هو الطعام بتاويل كونه اجرة اثمان فلا يشترط تاجيلها بخلاف الكسوة كما ستذكر **والعجب** ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المص ولا يشترط تاجيله اي تاجيل الطعام المسمى اجرة سلك في تاويل تانيث ضمير اوصافها مسلك سائر الشراح من التاويل بالحنطة وقد عرفت حاله **قوله** فان هذا ايجار وليس بارضاع في الصحاح الوجور الدواء يوجر في وسط الفم اي يصب تقول منه وجرت الصبي واوجرته بمعنى انتهى **اقول** لقائل ان يقول اذا كان هذا ايجارا لا ارضاعا فلا معنى لان يقول في الكتاب في وضع هذه المسئلة وان ارضعته في المدة بلبن شاة بل الظاهر ان يقول وان اوجرته بدل وان ارضعته **اللهم** الا ان يحمل على المشاكلة بلا مدخل لاستيجار الظئر التي وظيفتها الارضاع تامل فان قيل الظئر هي اجير خاص او اجير مشترك اجيب بانها اجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها او وقع فمات او سرق من حلي الصبي او من ثيابه شيء لم تضمن الظئر شيئا لانها بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعها في المدة الا ترى انه ليس لها ان توجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الذي [illegible] فيه انتهى ويحتمل ان تكون اجيرا خاصا وان تكون اجيرا مشتركا على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان اجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولا يعلم بذلك اهلها الاولون حتى يفسخوا هذه الاجارة فارضعت كل واحد منهما وفرغت فقد اثمت وهذه جناية منها ولها الاجر كاملا على الفريقين انتهى وجه الدلالة على احتمالها انها لو كانت اجيرا وحد من كل وجه لم تستحق الاجر كاملا وقد اثمت بما صنعته ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تاثم فكانت بينهما فقلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وبانها تاثم لشبهها باجير الوحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية هنا وقد اقتفى اثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالة لفظ المبسوط على كونها اجيرا خاصا حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى **اقول** نظره ساقط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعها في المدة وتنويره بقوله الا ترى انه ليس لها ان توجر نفسها

وصاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب غاية البيان وصاحب [illegible] العناية

من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما يدل قطعا على انها اجير خاص لان ورود العقد على المنفعة في المدة وعدم جواز ايجار النفس من غير المستاجر من خواص الاجير الخاص واما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز ان يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا اشتباه فيه لاحد وهذا لا ينافي ان تكون هي على جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب ان يقال ان قدم المستاجر ذكر المدة بان يقول استاجرتك سنة لترضع ولدي هذا تكون خاصا وان قدم ذكر العمل تكون مشتركا على قياس ما قيل في استيجار الراعي انتهى اقول ليس ذاك الجواب بتام اذ يرد عليه ان يقال لو كانت الظئر اجيرا خاصا على البتات فيما اذا قدم المستاجر ذكر المدة لما استحقت الاجر كاملا اذا آجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيا لهم مع انها تستحقه كاملا على الفريقين ولكن تاثم كما نقلناه عن الذخيرة وذكر في سائر المعتبرات ايضا وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملا على الفريقين وهذا الاشكل انما قال اب الصغير للظئر استاجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا لان الظئر في هذه الصورة اجير مشترك لان الاب اوقع العقد اولا على العمل انما يشكل فيما اذا قال لها استاجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لانها اجير وحد في هذه الصورة لانه اوقع العقد على المدة اولا وليس لاجير الوحد ان يوجر نفسه من آخر واذا آجر يستحق تمام الاجر على المستاجر الاول ويأثم والوجه في ذلك ان اجير الوحد في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ايفاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت اجير وحد من كل وجه لم يستحق الاجر كاملا على الاول وتاثم باضاعته ولو كانت اجيرا مشتركا من كل وجه استحقت الاجر كاملا ولم تاثم فاذا كانت بينهما قلنا بانها تستحق الاجر كاملا لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بانها تاثم لشبهها بالاجير الوحد انتهى فقد ظهر ان بمجرد تقديم المستاجر ذكر المدة لا يتم كون الظئر اجير وحد من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختار الشراح في الجواب فتبصر قوله وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات سيما في ديارنا قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قيل لا لانه في معناه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف انتهى وقال بعض الفضلاء سيجي من المص في اوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث اطلق القياس على ما في معنى قفيز الطحان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجعه انتهى اقول ما سيجي من المص في اوائل كتاب المزارعة ليس بمخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المص بعد ان بين في اول كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع انتهى ولا يقتضي ذلك ان يطلق القياس على كل ما في معنى

قفيز الطحان من وجه اي من حيث انها استيجار ببعض ما يخرج من عمله كما ذكر في دليل ابي حنيفة على فسادها وفي معنى المضاربة من وجه اي من حيث انها عقد شركة بين المال والعمل كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطحان من كل وجه لانه استيجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجي من المص هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين احدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الائمة السرخسي وثانيهما انه موجب القياس فيترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الائمة الحلواني واستاذه القاضي الامام ابي علي النسفي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا فما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الائمة السرخسي قطعا وما ذكره المص في المزارعة يجوز ان يكون على ما اختاره شمس الائمة الحلواني واستاذه فاذا كان مدار المخالفة بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا باس بها قوله وهذا بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل الى آخره قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها المزبور هكذا قالوا وفيه اشكال لان احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا او دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وباي سبب يملكه انتهى كلامه اقول كل من اشكاليه ساقط اما الاول فلانه لا ريب في وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يفصح عنه قولهم في تعليلها لان المستاجر ملك الاجر في الحال بالتعجيل اذ تعجيل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات منهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية حيث قالا ان ههنا مسئلتين احدهما ما اذا استاجر رجلا ليحمل له كر حنطة الى بغداد مثلا بنصفه كانت الاجارة فاسدة وللاجير اجر مثله ان كان يبلغ الى بغداد لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثانية ان يستاجره ليحمل نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا اجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير انتهى واما الثاني فلان المنافاة بين قولهم ملك الاجر في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا الاجر ممنوع اذ معنى الاول انه ملك الاجر ابتداء بموجب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطلان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجر بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل ايفاء شي من المعقود عليه ولا يذهب عليك انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة نقلا عن الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث قال واما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استاجره ليحمل نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما سلم اليه على سبيل التمليك لنصف الكر من قبل ان البدل نصف كر مطلق لا نصف

كر محمول الى بغداد فصار بتسليم الكر اليه معجلا للاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل

العمل لانه صار شريكا في الكر قبل ابتداء شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد

فلو ابتدأ العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستاجر بطلت الاجارة فكذلك هنا واذا بطلت الاجارة

لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الائمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر

انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذينك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل

لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك يبطل فقولهم ملك الاجرة في الحال كلام ورد على

سبيل الفرض والتقدير فيكون تقدير الكلام لو وجب الاجرة في الصورة المفروضة لملك الاجير الاجرة في الحال

بالتعجيل والتالي باطل اذ حينئذ يكون شريكا بينهما فيقتضي الى العدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض

وجوده الى انتفاء ملزومه يكون باطلا فكذا هذا انتهى كلامه **قوله** لان ما من جزء عمله الا وهو عامل لنفسه

قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره ايضا فلا معنى للحصر واثبات المطلوب لا يتوقف

عليه لا اذ يحمل على المبالغة في التشبيه اي هو كعامل لنفسه انتهى اقول هذا البحث غير متمش هاهنا

لان انما يلزم الحصر من كلام المصنف لو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط اما اذا كان معناه الا وهو عامل

لنفسه كما هو عامل لغيره ايضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في تمشية

البحث هاهنا توسيع الدائرة بان يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد

انه عامل لنفسه ولغيره فهو لم يستحق الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم

التقريب وسياتي تتمة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى **قوله** لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة

معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح اقول لقائل ان يقول لم لا يكون تقديم

ذكر العمل مرجحا لكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسئلة الراعي على ما صرحوا به في معتبرات الفتاوى بلا

ذكر خلاف هنالك فتامل **قوله** لان موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير الاخر قال بعض الفضلاء هذا

دليل اخر على اصل المدعى فالظاهر ان يقال ولانه بالواو انتهى اقول ليس الامر كما زعم فان قوله لان

موجر الارض الخ دليل على قوله وفيه الخ وهذا حال يوجب الفساد لا على اصل المدعى فالظاهر ترك الواو كما

وقع **قوله** وقيل ان يكربها مرتين في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة

قال الشراح انما قيد بهذين القيدين اي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لانه اذا شرط ان يكربها مرتين في

موضع لا يخرج الارض الريع الا بالكراب مرتين او كانت تخرجه بالكراب مرة الا ان مدة الاجارة كانت

ثلث سنين لا يكون هذا الشرط مفسدا للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثاني

ليس فيه منفعة لصاحب الارض فيجوز وعبارة العناية ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره

بعد المدة وقال بعض الفضلاء وانت خبير بان الثاني ايضا من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه

لاحد

لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستاجر حيث لا يتاتى زراعته الا به انتهى اقول ليس

شيء من شطري كلامه بسديد اما شطره الاول فلانه اذا كانت الارض تخرج الريع بالكراب مرة ولكن

كانت مدة الاجارة ثلث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك ان الكراب مرتين في هذه الصورة لا يكون

من مقتضيات العقد للقطع بحصول المقصود بالعقد فيها بالكراب مرة واحدة من غير حاجة الى الكراب

مرة اخرى وما حصل المقصود بالعقد بدونه كيف يكون من مقتضياته واما شطره الثاني فلانه اذا كانت

الارض تخرج الريع بالكراب مرة فهل يقول العاقل لا يتاتى الزراعة هناك الا بالكراب مرتين حتى يتوهم النفع

للمستاجر في اشتراط الكراب مرتين في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة وكانت المدة ثلث سنين ومن

قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الارض فانما خص صاحب الارض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع

اصلا للمستاجر لا لان له نفعا فيه والا لا يتم التقريب كما لا يخفى **قوله** ولنا ان الجنس بانفراده يحرم

النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة الى ابن الحسن في هذه المسئلة وقيل لم لا يجوز

سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست الجبائي فكانت منك

زلة اما علمت ان السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء والجبائي اسم محلة كان ينكر الخوض على ابن

سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية

وذكر في عامة شروح هذا الكتاب ايضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين

الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط اجل في العقد وتاخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان

النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما

ليس بموجود بل يحدث شيئا فشيئا واجيب عن الاول بانهما لما اقدما على عقد يتاخر المعقود عليه فيه ويحدث

شيئا فشيئا كان ذلك ابلغ في وجوب التاخير من الشروط فالحق به دلالة احتياطا عن شبهة الحرمة وفيه نظر

لان في النساء شبهة الحرمة فبالالحاق به يكون شبهة الشبهة وهي ليست بمحرمة والجواب ان الثابت

بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالالحاق تثبت الشبهة لا شبهتها وعن الثاني بان الاجل يصحبه البناء

تمام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما يصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود

احدهما حكما وعدم الاخر وتحقق النساء الى هنا كلامه اقول في الجواب عن الوجه الثاني بحث من

وجهين الاول انه اذا اقيم العين مقام المنفعة في احد الطرفين دون الطرف الاخر واعتبر ذلك

العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا يتحقق المجانسة بين البدلين اذ لا مجانسة بين العين

والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني ان هذا الجواب ينافي الجواب

المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم

مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب ان يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها الذي يتاخر ويحدث

شيا فشيا فكان بينهما تدافع فان قلت المعقود عليه في حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فمدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتبا على الحقيقة والثاني مرتبا على الحكم دون العكس تحكم بل احتيال لفساد العقد فلم لم يجعل الامر بالعكس تصحيحا للعقد حتى يكون اوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مهما امكن ثم قال صاحب العناية ويجوز ان نسلك طريقا آخر وهو ان يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما ان يكون موجودا او منا الاخرا ولا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى اقول فيه ايضا بحث لانه ان اراد بالمعقود عليه الذي ردده ما هو المعقود عليه وهو المنفعة يختار الشق الثاني من الترديد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المقصود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس ان لا يجوز الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه فاقمنا الدار مثلا مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول كما تقرر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قط وان اراد بذلك ما هو المعقود عليه حكما وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من الترديد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء انما يبطل عند اتحاد الجنس وعلى تقدير ان يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا يتحقق المجانسة بين البدلين كما عرفت فيما مر آنفا واعترض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزاما على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستندا بان مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلا وهو جائز بالاجماع فليتامل اقول هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء بجنسه والذي يحرم النساء بانفراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال ان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على مثله ثم ان الامام الزيلعي استشكل اصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس ايضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك ان الاحتجاج بغيره اخلص الى هنا كلامه اقول كل من وجهي استشكاله ساقط اما وجهه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس ايضا قوله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس قلنا نعم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنفعة ليست بدين اذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية نقلا عن عامة الشروح واما وجهه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الا ان نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط

احدهما

احدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معلولها الانعقاد وتأخر المعلول عن العلل الشرعية جائز على ما عرف فنفس انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة من عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لا ان نفس العقد يتكرر ساعة فساعة اذ لا شك ان الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كله مما تقرر في صدر كتاب الاجارة قبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا انه يتحقق نقل العقد ثم اذ يتحقق نفس العقد وهو ان صدوره عن المتعاقدين يتحقق النسيئة في المنافع قطعا فيبطل العقد فيما اذا كان البدلان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها النسيئة فتبصر ترشد قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى اقول للخصم ان يقول لا نسلم انتفاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة اذ لا يخفى ان كثيرا من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد او في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر او في محلة اخرى من ذلك البلد لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا ان يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكانه اشير اليه في الكافي وغيره بان يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول انتهى تامل تقف قوله وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندي لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستاجر خاصة يتوجه الالزام الشافعي بان وضع الطعام فعل حسي والمستاجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى اقول ما ذكره من بيان انه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الالزام في قوله يتوجه الالزام الشافعي اما ان يكون مضافا الى مفعوله او الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره اما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استيجار الدار المشتركة بين المستاجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرت في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا وهل لا يصير ذلك الزاما علينا ايضا واما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في ان لا يكون النصيب الشائع محلا للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الالزام علينا من الشافعي اصلا ثم اقول الظاهر عندي ايضا انه لا حاجة هنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركا ولهذا لم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكني لا اقول ما ذكره ذلك القائل بل لان تمشية استشهاد الشافعي ظاهرا بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك

بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستاجر وغيره كاشتراك الطعام بينهما فى المسئلة التى نحن فيها وكذلك الجواب الذى
يأتى من قبلنا عن استشهاد الشافعى بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجرى على
الاطلاق فيشهد بذلك كله التامل الصادق **قوله** ولنا انه استاجره لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسى لا
يتصور فى الشائع قال فى العناية اذ الحمل يقع على معين والشائع ليس بمعين وقال فان قيل اذا حمل الكل
فقد حمل البعض لا محالة فيجب الاجر اجيب بان حمل الكل حمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى اقول
فى الجواب نظر وهو ان عدم كون حمل الكل معقودا عليه لا يجدى شيئا فى دفع السوال لان حاصل السوال
ان حمل الكل واقع على معين قطعا فكان موجودا وحمل الكل لا يتصور بدون حمل كل جزء منه فقد لزم
وجود حمل الكل وجود حمل كل جزء منه لا محالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستاجر فلا بد ان يجب الاجر لحمل
ذلك الجزء الذى هو المعقود عليه ولا شك ان عدم كون الكل معقودا عليه لا يفيد شيئا فى دفع ذلك وانما يكون
مفيدا لو كان المقصود من السوال وجوب الاجر لحمل الكل وليس فليس **قوله** ولان ما من جزء يحمله الا وهو
شريكه فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم قال صاحب العناية وللقائل ان يقول لا يخلو من انه
عامل لنفسه فقط او عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثانى حق لكن عدم استحقاق
الاجر على فعل لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب انه عامل لنفسه فقط لان عمله
لنفسه اصل موافق للقياس وعمله لغيره ليس باصل بل بناء على امر مخالف للقياس الحاجة وهى تندفع بجعله
عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر فاعتبر جهة كونه عاملا لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه
اقول فى الجواب بحث وهو ان قوله وهى تندفع بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر ليس بتام لانه
انما يندفع بجعله عاملا لنفسه حاجة المستاجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الاجر كما ان للمستاجر حاجة الى
المنفعة وعلى تقدير جعله عاملا لنفسه فقط لا تنقضى حاجته بل انما تنقضى حاجة المستاجر فقط والظاهر ان
عقد الاجارة لم يشرع لحاجة المستاجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب الاجر للاجير العامل
فيما نحن فيه اجر لم تندفع الحاجة التى شرع عقد الاجارة لها فلم يتم الجواب وذيف بعض الفضلاء قوله وهى تندفع
بجعله عاملا لنفسه لحصول مقصود المستاجر بوجه اخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم
انه لا يعطى له الاجر لا يحمل نصيب المستاجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى اقول ليس هذا بشىء
اذ لا يذهب عليك ان وضع مسئلتنا فيما اذا حمل الكل ولا شك فى حصول مقصود المستاجر فيه واحتمال ان
لا يحصل مقصوده فى صورة عدم حمل الكل لا يقدح فى الكلام المبنى على وضع كما لا يخفى **قوله** بخلاف
العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع هذا جواب عن قياس الخصم
على استيجار العبد المشترك لكن فى ظاهره خفاء لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض على ما مر فى صدر الكتاب
ونصيب صاحبه انما هو فى عين العبد لا فى منافعه لان المنافع مما لا يقبل الشركة على ما نص عليه فكيف يكون

المعقود عليه فى استيجار العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور ان يكون المعقود عليه ذلك
فى البيع الذى هو تمليك العين بعوض ومن هنا ارتكب الشراح تقدير شىء فى حل هذا المحل فقال صاحب النهاية
لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه اى منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا
كالحمل صح ايقاعه فى الشائع كما قلنا فى الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى اقول فيه نظر
لان قياس الخصم انما هو على استيجار العبد المشترك ليخيط له الثياب كما صرح به فى الكتاب لا للانتفاع به مطلقا فيكون
العبد المشترك فى تلك الصورة اجيرا مشتركا ويكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه
هو المنفعة مطلقا لو كان العبد اجير وحد وذلك ليس بمقيس عليه ولا شك ان عمل الخياطة فعل حسى كالحمل فينبغى ان
لا يصح ايقاعه فى الشائع كالحمل فلا يتم الفرق **وقال** صاحب العناية وقوله بخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على
استيجار العبد المشترك ووجهه ان المستاجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمى يمكن ايقاعه
فى الشائع كما فى البيع بخلاف الحمل لانه فعل حسى انتهى اقول فيه ايضا نظر لانه وان كان مدار فرقه على ان المعقود عليه
فى العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسى كما يوحى اليه اقحام المنفعة فى قوله يملك منفعة نصيب
صاحبه يتجه عليه ما اوردناه على تقرير صاحب النهاية من ان قياس الخصم على استيجار العبد المشترك على فعل حسى هو عمل
الخياطة لا على استيجاره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مدار فرقه على تحقق ملك المنفعة فى استيجار العبد
المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه فى الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة
على عكس ما فى النهاية وقوله والملك امر حكمى يمكن ايقاعه فى الشائع كما فى البيع يرد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما
نحن فيه ايضا لان عقد الاجارة تمليك المنافع بعوض ففى كل فرد من افراد الاجارة يملك المستاجر البتة المنفعة
التى وقع عليها العقد فينبغى ان يجوز ما نحن فيه ايضا باعتبار ايقاع ملك المنفعة فى الشائع لانه لا يتحقق
ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطلان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه اول
المسئلة وقد خالف فيها الشافعى واستدل على جواز الاجارة فيه ايضا بوجوه منها قياسه على استيجار العبد
المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب **وقال** صاحب غاية
البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استاجر عبدا مشتركا ليخيط له الثياب يعنى ان المستاجر للعبد
المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك امر حكمى فيمكن اثباته حكما وان لم يمكن حسا بخلاف المتنازع فيه لانه امر
حسى لا يتصور فى الشائع لعدم الامتياز حسا انتهى اقول مضمونه موافق لما فى العناية ففيه ما فيه فتامل فى
التوجيه **قوله** فان ذرعها ومعنى الاجل فله المسمى قال صاحب غاية البيان فى شرح هذا المقام فان ذرعها بعد
ما فسد العقد للجهالة يتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك
قبل نقض الناقض العقد انتهى كلامه اقول لا معنى لقوله اذا لم يكن ذلك قبل نقض الناقض العقد فان ما ذكر من انقلاب
العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور اذا كان ذرعها قبل نقض الناقض العقد واما اذا لم يكن ذلك قبل نقض

العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال للانقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لا محالة والصواب ان
يقال اذا كان ذلك قبل نقض القاضي العقد وان يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض القاضي العقد ولعل لفظة قبل
في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من الناسخ الاول بدل لفظة بعد ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض
القاضي لا يعود جائزا **قوله** وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا قال صاحب العناية
في حل قوله قبل تمام العقد قبل تمام العقد بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني اقول لا يخفى على الفطن ان جعل العقد
تاما بنقض الحاكم مما لا يقبله الفطرة السليمة فان العقد ينفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور ان يتم به وتمام الشيء
من اثار بقائه وانتفائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو الشائع من حذف المضاف ويدل
عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشد اليه قول صاحب الكافي في التعليل ولنا ان المعقود عليه صار
معلوما قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد انتهى هذا وقال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل ان ارتفعت الجهالة بحكم
الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب للفساد وهو احتمال ان يزرع ما يضر بالارض لجواز ان يكون ما زرعها مضرا بالارض
فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف ينقلب
الى الجواز بتحقق شيء احتماله مفسد للعقد ولان المعقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا بتعيينهما معا فيما غير الاجرة
باحدهما ولا ينفرد احدهما بالتعيين لما ان العقد قام بهما فكذا تعيين المعقود عليه ينبغي ان يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين
من احدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي قاله صاحب الفوائد بقوله ولي في هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا
الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع لان عقود الانسان تصحح بقدر الامكان والمانع الذي يفسد العقد باعتباره توقع
المنازعة بينهما في تعيين المعقود عليه وعند استيفاء احد النوعين من المانع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد
انتهى في النهاية ومعراج الدراية اقول في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء
احد النوعين من المنافع اذا لم ينفرد احدهما باستيفاء ذلك واما اذا انفرد احدهما به فلا يزول ذلك اصلا وهذا مما
لا يستريب فيه كالكلام الفيصل انه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستاجر في الارض ورضاؤه
بما عمل فيها فلا يتجه الاشكال المذكور راسا وان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا بمجرد استعمال المستاجر فيها
ومضي الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به اولا فالاشكال المذكور وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعا

باب ضمان الاجير

لما فرغ من ذكر انواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع في بيان الضمان
لانه من جملة العوارض التي تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر
في معراج الدراية فقال لما ذكر انواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ضمان الاجير انتهى وكل من هذين
التقريرين جيد واما صاحب النهاية فقال لما ذكر ابواب عقود الاجارات صحيحها وفاسدها ساق النوبة
الى ذكر احكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب انتهى ويقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث
قال لما فرغ من بيان انواع الاجارة شرع في بيان احكام بعد الاجارة وهي الضمان انتهى ولا يخفى على ذي فطنة ما في

تقرير

تقريرهما من الركاكة حيث فسر الجمع بالمفرد بقولهما وهي الضمان فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان
حكم واحد لا احكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه البشاعة توجه الى توجيه ذلك فقال اطلاق الاحكام على
الضمان اما باعتبار كثرة افراده او المراد وهي الضمان وجودا وعدما انتهى **اقول** توجيهه الثاني ليس بوجيه
لان الضمان وجودا وعدما ايضا لا يصلح تفسيرا للاحكام فان اقل الجمع ثلثة على القول الصحيح والضمان باعتبار
وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب
آجر واسم الفاعل منه موجر لا مواجر انتهى **اقول** فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه موجر لا مواجر يعكر
مناقضا لقوله والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر اذ على تقدير ان يكون اسم الفاعل منه موجرا لا مواجرا يلزم
ان يكون الاجير فعيلا بمعنى مفعل لا بمعنى مفاعل فتامل وقد رد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال
قلت هذا غلط لان فعيلا بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب آجر يعني من
المزيد بدليل قوله واسم الفاعل منه موجر انتهى كلامه **اقول** بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفعيل
بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد ايضا وعن هذا قال المحقق الرضي في شرح الكافية وقد
جاء فعيل مبالغة مفعل كقوله تعالى عذاب اليم على راي وقال واما الفعيل بمعنى الفاعل كالجليس والحبيب
فليس للمبالغة فلا يعمل اتفاقا انتهى وقال الامام المطرزي في المغرب واما الاجير فهو مثل الجليس والنديم في انه فعيل
بمعنى مفاعل انتهى وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكانه لم يذق شيئا من العربية **قوله** فالمشترك من لا يستحق
الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دوري انتهى يعني
ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس ايضا اي على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار
وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك ايضا لان لتقديم كل منهما
على الآخر وجها اما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحثه واما الخاص فلانه بمنزلة
المفرد من المركب لكن تقديم المشترك هنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتامل فان ما ذكره
الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه الى هنا كلامه **اقول** ما ذكره بقوله لكن تقديم
المشترك هنا الى الآخر ليس بتام اما اولا فلان معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتا ونفيا كما اشار
اليه نفسه ايضا فيما قبل بقوله او المراد وهي الضمان وجودا وعدما والا فان لم يكن معناه ذلك بل كان
معناه باب اثبات الضمان لزم ان لا يصح عنوان الباب على قول ابي حنيفة اصلا اذ لا ضمان عنده على احد
من الاجير المشترك والاجير الخاص وان لا يصح ذلك عندهما ايضا الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك على
ما ستحيط به خبرا وهذا مما لا ينبغي ان يرتكب فاذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفيه كان نسبته
الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك في المشترك واما ثانيا فلان الطرفين اذا كانا متساويين
لم يحتج هناك الى وجه يرجح اختيار احد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون مرجح احد الطرفين

هناك نفس الاختيار لا غيره كما اشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد تقرر في العلوم العقلية ان ترجيح
احد المتساويين بالاختيار جائز وانما المحال ترجح احدهما من غير مرجح فظهر ان قوله فان ما ذكره الشارح نظير
جبر اختيار تقديم المشترك تما لا ينضر بتمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي
الطرفين فيما نحن فيه لكنه امر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب النهاية فان قلت هذا يعني تعريف
الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤول عاقبته الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه
الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عالما بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفا به
قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل فلا بد
للمعرف ان يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الا ان هذا تعريف للخفي بما هو اشهر
منه في فهوم المتعلمين او هو تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل
بقوله او باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق فصار كانه قال وما عرفته ان الاجير الذي
يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه اقول في الجواب خلل اما اولا فلان
في اول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساده ولا يمكن اصلاحه مما ذكر في قوله
بعد ذلك الا ان هذا تعريف للخفي الى آخره واما ثانيا فلان كون الاجير المشترك خفيا وما ذكر في التعريف
اشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما احتاج الى الجواب اذا سئل عمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل بمن هو الا ان يقال هو الاجير
المشترك واما ثالثا فلان المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله او باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير
المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هناك سبب استحقاق الاجير
مطلقا للاجرة في معان ثلثة هي شرط التعجيل والتعجيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان
هذا المعنى الثالث مختصا بالاجير المشترك لزم ان لا يستحق الاجير الخاص الاجرة اصلا فيما اذا لم يشترط
التعجيل ولم يعجل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله او باستيفاء المعقود عليه حكما
عاما للاجير الخاص ايضا فكيف يصح ان يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكر فصار كانه
قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب
العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة اخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير
المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ايضا تعريف دوري لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى
يعلم الاجير المشترك فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور واجيب بانه
قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم يتوقف معرفته على
معرفة المعرف انتهى اقول اصل الجواب في الجملة كما ترى ولكن فيه ايضا خلل لانه ان اراد بما علم مما سبق
في ذلك الباب ما ذكر هناك بقوله او باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية يرد عليه ما ذكرناه فيما مر

آنفا من ان ذلك حكم عام للاجير الخاص ايضا فكيف يتم تعريف الاجير المشترك بذلك وان اراد به ما ذكر هناك بقوله
ولبس القصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل كما يشعر به قوله في تقرير الجواب قد علم مما سبق
ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد قيد البعض يتجه عليه ان المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة
فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل ليصلح تعريفا المطلق الاجير المشترك فتامل وقال
بعض الفضلاء وانت خبير بان قول المص لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره متكفل لدفع هذا السؤال
فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجر على العمل او اثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى
الحوالة انتهى كلامه اقول ليس هذا بشيء لان تعريف الاجير المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل
مما اختاره القدوري وذكره في مختصره ولم يذكر معه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها
حتى يعمل والمص ايضا ذكره وحده في البداية وانما اراد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المزبور
انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير ان يذكر معه ما يفيد معرفته وزيادة المص شيئا يفيد
معرفته كيف تصلح كلام من لم يزده ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة فاذا لم يذكر معه شيء يحصل به
معرفته فاما ان يحتاج معرفته الى معرفة الاجير المشترك الذي هو المعرف فيلزم الدور او لا يحتاج
بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة
الى الحوالة نعم تمام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء
ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجير المشترك اذا عجل له الاجر او شرط التعجيل فيحتاج
الى نوع عناية فيقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجية انتهى اقول انما
يتم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة
قبل ان يعمل واما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل اصلا كما يستحقها الاجير الخاص بتسليم
نفسه في المدة وان لم يعمل اصلا على ما سيجيء فلا انتقاض بذلك اصلا لان الاجير المشترك اذا لم يقع منه
العمل اصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان اخذها بطريق التعجيل يلزمه ردها على المستاجر وكان الامام الزيلعي
تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجرة حتى يعمل يعني الاجير المشترك
لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة
حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار
جاز ان يكون تعريفا بالمثال وهو صحيح لكن قوله لان المعقود عليه بيان في ذلك لان التعليل على التعريف
غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظر والحق ان يقال انه من التعريفات اللفظية
وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لتناسب
التسمية وكانه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل سمي بالاجير المشترك لان المعقود عليه الى آخره ونوقض

ج

قوله فمن هذا الوجه يستحق مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندي انه يعني قوله لان المعقود عليه الى

اخره تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو ان بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد

المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله بطل المساواة هذا هو مراد المعلل لا

ان المص فرع على ذلك التعليل قوله فكان له ان يعمل للعامة لبيان المناسبة فليتامل الى هنا كلامه مدار استخراج ذلك

البعض ورايه في هذا المقام على ان يكون عبارة المص هنا لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره فكان له ان يعمل للعامة

وليست كذلك بل عبارته هنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة ولا شك ان قوله كان

له ان يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزاء للشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزاء داخل في التعليل

غير محتمل لغير بيان مناسبة التسمية فالحق ما قاله صاحب العناية على انه لو كانت عبارة المص ما زعمه ذلك القائل

وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل او اثره تعليلا لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قرره لما صح تفريع المص قوله فكان له

ان يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قرره ذلك القائل ان تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة

كما تقدم بيانه ولا ريب ان هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجير مشتركا تتحقق فيما اذا كان الاجير خاصا مع انه لم يجز

ان يعمل الاجير الخاص ايضا للعامة وليس كذلك قطعا **قوله** قلنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد

وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن

المفسد ماذونا فيه اقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المص قصور لان كون العمل

وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقه من صور مسئلتنا هذه دون الصور الثلث الباقية

منها اذ قد مر في اواخر باب الاجر متى يستحق ان كل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين

حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في البيع وكل صانع

ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير

قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقد تلخص منه ان العمل على نوعين نوع له اثر في العين كعمل الصباغ

والقصار ونوع ليس له اثر في العين كعمل الحمال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو

الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك ان ما سوى الصور الثلث

فيما نحن فيه من مسائل الحمال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها اثر في العين فكيف يتصور ان يكون عمله وسيلة

الى الاثر وكيف يتم ان يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بان المعقود عليه هناك نفس

العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر ايضا في الباب المزبور انه

اذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق

عينه كالمنفعة في محل بعينه انتهى نعم اذا اطلق العمل فله ان يستاجر من يعمله كما مر هناك ايضا فكان الدليل

خاصا والمدعى عاما والاولى في التعليل هنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الاذن ما هو

الداخل

فانّ ايضا لمن تفريع قوله فكان له ان الاجير
للعامة على ذلك التعليل ع

الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الاذن انما ثبت ضمنا للعقد والعقد انعقد على السليم لان مطلق

عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع واذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم

ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون ماذونا فيه كما لو وصف نوعا من الدق فجاء بنوع آخر انتهى

قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر

فامكن تقييده قال صاحب العناية وللمترم ان يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المفترع لغيره تبرع له انتهى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

وان كانت الحكمة اخص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمتنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمين انتهى

اقول هذا لا يجدي شيئا لان صاحب العناية لم ينف لزوم الامتناع عن التبرع في صورة حصول المفترع به

لغيره تبرع له بل ادعى بطلان ذلك اللازم بناء على التزام جواز ذلك دفعا للضرر عن غير المتبرع له فلا

فائدة هنا الحديث جواز كون الحكمة اخص على ان لصاحب العناية ان يقول لا يصلح قوله لانه يمتنع عن التبرع

بيانا لحكمة عدم التضمين ايضا فانه اذا جاز الالتزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم يظهر حكمة

عدم التضمين بل كان الظاهر هو التضمين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بان التبرع بالعمل بمنزلة

الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان اسلم انتهى اقول ولقائل ان يقول هنا ايضا كون التبرع بالعمل بمنزلة

الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضرر الغير من تبرع له الا يرى انه اذا اخذ احد ملك

الاخر وتبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم لا يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستاجر بغير اذنه

وتبرع بالعمل للاجير فتلف بعمله ملك المستاجر فليتامل **قوله** وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه

هذا جواب عما عسى ان يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فما وجه ذكره من جملة ما تلف بعمله فاجاب بانه

من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول يشكل على هذا ما تقرر من ان الاجير

المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند ابي حنيفة وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة

فانه يجوز ان يقال هناك ايضا ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه

فينبغي ان يضمن بالاتفاق ثم اقول يمكن الفرق بان التقصير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعا لا

مقصودا كما مر فلا اعتبار له واما هنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم

قوله لان الواجب ضمان الادمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية قال في الكفاية لانها

ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد

التعدي انتهى اقول فيه بحث وهو انه كيف يكون كلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي وقد وجب على

الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند ائمتنا الثلثة ولولا التعدي لما ضمن

عند ابي حنيفة فان الاصل عنده ان المتاع امانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئا كما مر ووجه التعدي

فيما نحن فيه على ما فهم من الدليل المذكور من قبل اثبتنا هو مخالفة الاجير لاذن المستاجر حيث اتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجي من المص التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهي نظير ما نحن فيه في الاحكام **قوله** وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن المواضع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة ومجاوزة العبد بامر المولى حتى انه اذا لم يكن بامره يجب الضمان فيحصل المذكور في احديهما مذكورا في الاخرى كذا في النهاية ومعراج الدراية واحسن ذكره في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان انتهى واما صاحب العناية فقال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان اما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضع المعتاد ويفيد انه اذا تجاوز يضمن واما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجامة بامر المولى والهلاك ويفيد انها اذا لم تكن بامره ضمن انتهى كلامه اقول في بيانه خلل فانه جعل الهلاك ايضا من البيان الذي في عبارة الجامع الصغير وليس بسديد اذ لا شك ان مراد المص بقوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ان في كل واحد منهما نوعا من البيان مخصوصا به والهلاك مذكور في كل واحد منهما غير مخصوص باحديهما فانه قال في مختصر القدوري فيما عطب من ذلك وقال في الجامع الصغير فنفقت وفي كل واحد منهما معنى الهلاك بل ما في مختصر القدوري اصرح في ذلك مما في الجامع الصغير فان اهل اللغة فسروا عطب بهلك ونفق بمات **قوله** والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل قال صاحب العناية وقد ذكرنا ما يرد على الاجير المشترك والجواب عنه فعليك بمثله ههنا انتهى اقول لا يذهب على الفطن ان مثل الجواب المذكور هناك عن الايراد على تعريف الاجير المشترك بانه تعريف دوري لا يتمشى ههنا يظهر ذلك بادنى توجه وتدبر فكان صاحب النهاية تدارك هذا حيث قال وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة انتهى ولم يتعرض للجواب لكن في تحريره ايضا ركاكة لان المذكور فيما تقدم تعريف الاجير المشترك وما ورد فيه من الشبهة لا تعريف الاجير الخاص وما ورد فيه فما معنى قوله وقد ذكرناه وما ورد فيه من الشبهة اللهم الا ان يصار الى حذف المضاف فيكون التقدير قد ذكرنا مثله وما ورد فيه من الشبهة **قوله** لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة اموال الناس فانه يتقبل اعمالا كثيرة رغبة في كثرة الاجرة وقد يعجز عن قضاء حق الحفظ فيها فيضمن حتى لا يقصر في حفظها ولا ياخذ الا ما يقدر على حفظه كذا في العناية اخذا من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمهما بالضمان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكر هنا يدل على ان ذلك لئلا يقصر الاجراء في الحفظ انتهى اقول هذا البحث ساقط جدا اذ الظاهر ان ما ذكر هنا حكمة حكمهما بضمان الاجير المشترك وما ذكر فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمهما بذلك فلا تنافي بينهما اصلا على انه لو كان ما ذكر هنا ايضا دليلا لا حكمة لم يلزم محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكر هنا

وما ذكر فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كونه هنا وذاك معا دليلا على الحكم

باب الاجارة على احد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على احد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين **قوله** غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار واستشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال اقول الجهالة التي في طرف الاجرة ترتفع كما ذكروا واما الجهالة التي في طرف العين المستاجرة في نحو قوله اجرتك هذه الدار سنة بخمسة او هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمها اذ المستاجر يريد هذا والموجر يدفع الآخر فيتحقق النزاع فينبغي ان لا يصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه واجاب عنه بعض الفضلاء حيث قال بعد ذكر ذلك الاشكال في صورة ان يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بان يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا باثبات الخيار والاجرة في باب الاجارة لا يجب بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى اثبات الخيار الى هنا كلامه اقول ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكروا في الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستاجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمها فلا يبقى المجال للعمل نفسه اذ العمل في نحو استيجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستاجرة وتسلمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بان الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتامل في دفع اصل الاشكال **قوله** وقالا هذا الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بان قال خطه اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بان قال خطه غدا بنصف درهم كان للترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط اثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى الغد ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع المضاف الى الغد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او نصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب العناية بعد ذكر البيان والجواب ان الجهالة تزول بوقوع العمل فانه يتعين الاجر اللازم عند العمل كما تقدم انتهى اقول فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجتمع في كل يوم تسميتان ومدار دليلهما على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط امر واحد ففي اي يوم يقع يلزم ان يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليلهما منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الائمة ولهذا لم يتعرض المص للجواب عنه صريحا **قوله** ولهما ان ذكر اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا

يجتمع في كل يوم تسميتان قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هنا عن الهداية وفيه كلام وهو ان الامامين حملا اليوم
في مسئلة ان يستاجر ليخبز له اليوم كذا بكذا للتعجيل هربا عن بطلان الحمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل
هنا انتهى اقول هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامامين انما حملا اليوم هنا على التوقيت لكون التوقيت
حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعلا اليوم في مسئلة
الخبز للتعجيل لتحقق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو تصحيح العقد فان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن
وانما امكن هناك بجعل اليوم للتعجيل فلا منافاة بين المقامين على اصلهما ولقد افصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال
فان قلت قد جعلا ذكر اليوم في مسئلة خبز المخاتيم للتعجيل فما لهما لم يجعلاه كذلك هنا قلت هناك حملاه على المجاز
تصحيحا للعقد وهنا حملاه على الحقيقة للتصحيح ايضا اذ لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من
صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما امكن انتهى كلامه قوله ولابي حنيفة ان ذكر الغد للتعليق حقيقة
مراده بالتعليق الاضافة اي للاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت
في المستقبل فتكون مرادة كذا راى عامة الشراح حتى لو قال بعضهم وهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة
وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة ويجوز ان يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى
ان النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو حط النصف الاخر بالتاخير فيكون
معناه ذكر الغد لتعليق الحط بالتاخير وهو يقبل التاخير الى هنا كلامه اقول فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد
تسمية جديدة بل كان ذكر الغد لمجرد تعليق حط النصف الاخر بالتاخير لما صح قول ابي حنيفة يجتمع في الغد تسميتان
دون اليوم فيصح الاول ويفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد الا تسمية واحدة هي التسمية الاولى
ولكن يحط نصف المسمى بالتاخير فتجويز ذلك المعنى هنا افساد لدليل ابي حنيفة بل للمدعا ايضا فكانه انما
اغتر بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المص وذكر الغد للتعليق اثناء تقرير دليل
الامامين المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال او نقول المراد به تعليق حط النصف
بالتاخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن ان تجويز ذلك المعنى اثناء
تقرير دليل الامامين لا يستلزم محذورا يستلزمه تجويزه اثناء تقرير دليل ابي حنيفة فانهما يقولان
لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجويز ذلك بخلاف قول ابي حنيفة كما عرفت قوله ولا يمكن حمل اليوم
على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل فانا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا
واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان اجير وحد وهما متنافيان لتنافي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة
ما لم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المدة وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات
ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التاقيت الى المجاز الذي هو التعجيل كذا في العناية وغيرها اقول يشكل هذا
بمسئلة الراعي فانه يجتمع فيها ذكر العمل والوقت وتصح الاجارة بالاتفاق ولا يحمل الوقت على غير معناه

الحقيقي في قول احد بل يعتبر الاجير اجيرا مشتركا اذا وقع ذكر العمل اولا واجير وحد ان وقع ذكر المدة اولا
صرح بذلك في عامة المعتبرات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب الكافي وفي المسئلة اشكال هائل
على قول ابي حنيفة فانه جعل ذكر اليوم للتعجيل هنا حتى اجاز العقد وفي مسئلة المخاتيم جعل ذكر اليوم للتوقيت فابطل
العقد على ما سبق تقريره والجواب ان ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل
على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التاخير فعدلنا عن الحقيقة وصرنا الى المجاز بهذا الدليل ولم يتم مثل هذا
الدليل ثمة فكان التوقيت مرادا فافسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سوالا وجوابا فلخصهما صاحب
العناية فقال بعد ذكر ذلك الاشكال والجواب ورد بان دليل المجاز قائم ثمة وهو تصحيح العقد على تقدير التعجيل
فيكون مرادا نظرا الى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز النزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس
بموجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى اقول يشكل الجواب
المذكور عن ذلك الاشكال بمسئلة اخرى مذكورة في المحيط البرهاني وهي انه قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلك
فلك درهم وان خطته غدا فلا اجر لك قال محمد في الاملاء ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في الثاني فله
اجر مثله لا يزاد على درهم في قولهم جميعا لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول ونفي
التسمية في اليوم الثاني لا ينفي اصل العقد فكان في اليوم الثاني عقدا لا تسمية فيه فيجب اجر المثل انتهى لفظ
المحيط فان ابا حنيفة لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسئلة كما افسد في حالة الافراد مع انه لم يقم
فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك ان قوله وان خطته غدا فلا اجر لك لا يكون دليلا على عدم
ارادة ما كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلا على ارادة حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما
نفى الاجر بالكلية في الغد واذا كان التوقيت مرادا بذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسئلة المخاتيم
جدا على قول ابي حنيفة فليتامل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه اخر حيث قال ولا بد لابي حنيفة من بيان
دليل المجاز فيما اذا قبل خياطة اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التعجيل وقال ويمكن ان يقال الدليل عليه صيغة
الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتاقيت وقال وفيه تامل انتهى اقول لا يتوجه
هذا الاستشكال راسا اذ لا نسلم ان ابا حنيفة حمل ذكر اليوم على التعجيل في الصورة المزبورة بل الظاهر انه على
اصله هناك ايضا من ان الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد حالة الافراد واني تتبعت عامة المعتبرات ولم
اجد في شيء منها ما يدل على صحة العقد في الصورة المزبورة عند ابي حنيفة بل وجدت في بعضها التصريح بعدم
صحة العقد في تلك الصورة فان الامام الزاهدي قال في شرحه لمختصر القدوري نقلا عن شرح الاقطع
ولو قال خط هذا الثوب اليوم ولك درهم لم يصح لجهالة المعقود عليه انه المدة او العمل انتهى نعم
قد قيل في الكافي وكثير من الشروح في اثناء بيان دليل زفر في المسئلة التي نحن بصددها توضيحا لقوله ان
ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت ولهذا لو افرد العقد في اليوم بان قال خط اليوم بدرهم كان للتعجيل

لا للتوقيت حتى لو خاط في الغد استحق الاجر فكذا ههنا انتهى لكن الظاهر ان ذكر القياس المذكور في دليل زفر انما ينتهض حجة على الامامين فانهما يقولان بالتعجيل حالة الافراد لا على ابي حنيفة فتدبر قوله وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان اقول فيه نظر اذ قد تقرر في اول باب الاجارة الفاسدة ان التسمية في الاجارة الفاسدة تمنع الزيادة عندنا ولا تمنع النقصان اصلا بل يجب اجر المثل وان نقص عن المسمى فما معنى ان تعتبر التسمية الثانية ههنا لمنع النقصان وهل هذا الا مخالفا لما تقرر قوله ثم ان في هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتتبع الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما قال صاحب التسهيل يرد على اصلهما مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة ثم عندهما مع انه جائز عند اصحابنا وفاقا الا عند زفر انتهى كلامه اقول يمكن ان يجاب عنه بان الاجر وان وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل الا انه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لا بد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بانه اذا استاجر دابة الى الكوفة فسلمها الموجر وامسكها المستاجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا اجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجب الاجر انتهى ففي مسئلة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من تينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على اصلهما قوله ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به يعني لو احتيج الى ايجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بان يسلم العين المستاجرة الى المستاجر ولم ينتفع به قط حتى يعلم المنفعة يجب اقل الاجرين اللذين سميا في العقد للتيقن به اقول لقائل ان يقول لو جاز الاخذ بالاقل في رفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعمل معين او لمنفعة معينة اجرين متغايرين على سبيل البدل كان قال خط هذا الثوب بدرهم او بنصف درهم او قال اسكن في هذا البيت بدرهم او بنصف درهم ووجب اقل الاجرين اللذين سماهما ولم يقل به احد فتامل في الدفع

باب اجارة العبد

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان احكام تتعلق بالحر شرع في بيان احكام تتعلق بالعبد اذ العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من انواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة واخر ذكرها لان الجنس متقدم على النوع وقال هذا ما لاح لي من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح

ان العبد

ان العبد منحط الدرجة عن الحر فانحط ذكره عن ذكر الحر لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استيجار الدور والحوانيت والحمام والدواب وذكر هنا استيجار الرقيق لاختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق الخدمة وغيرها وظاهر كلام الشارح يفهم منه ان العبد منحط الدرجة عن الحر لانه لا ولاية له اصلا ولا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المص هذا لم يبدا اول الباب باستيجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف اصلا في عقد الاجارة لا اصالة ولا نيابة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المص لم يكن الا تنويع المسائل الى هنا كلامه اقول في الوجه الذي ما لاح له نظر بجريه كون الجنس متقدما على النوع لا يقتضي تاخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثير من الابواب السابقة مختصة ايضا بالنوع لا عامة للجنس الا يرى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على احد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتعددة وانما يقتضي هذا الوجه تاخير مسائل هذا الباب عما ذكرنا وامثاله كالاجرة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرها من الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب واما ما اورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد اي نفسه وقال واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا وقد يقدم في الذكر ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلان الاجارة في اللغة اسم للاجرة وهو كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة فلم يجئ هذه الكلمة مصدرا قط وانما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيد عليه الايجار او المواجرة فلم يتصور ان يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بان الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه واما ثانيا فلان المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلث منها متعلقات بايجار الغير اياه فحمل عنوان الباب على اقل ما ذكر في الباب وجعل اكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكرت استطرادا مما لا يتقبله فطرة سليمة ثم اقول في دفع ما اورده صاحب الغاية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر لها اثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر لها اثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذ لا شك ان في كل من تينك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ولا ريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس الا ارتفاع درجة

عن الحر بل انما هو لانحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه لنحو الاحكام التي تتعلق بالعبد
عن احكام الحر لانحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب
باسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف هنا لم يبتدأ اول الباب باستيجار العبد الحاضر اذ مداره
على انه لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادي عليه تعليله ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب
ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملابسة
فتشتمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع
عقد الاجارة كما في البعض الاخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها اول الباب فلا يخدي
ولا استطراد في شيء تامل ترشد **قوله** ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك
لان خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق فان قيل ان المستاجر في ملك منافعه
ينزل منزلة المولى في منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستاجر ان يسافر باجيره قلنا انما
يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته والمستاجر لا يملك رقبة اجيره كذا في الكافي وعامة الشروح
ونقض هذا الجواب بمن ادعى واراد صالحه المدعى عليه على خدمة عبده سنة فان للمدعي ان يخرج بالعبد الى السفر
وان لم يملك رقبته واجيب بان مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد لان المنفعة في
النقل كانت له من حيث انه تقرر حقه في الاجر فالمستاجر اذا سافر بالعبد فربما يلزم الموجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد
وربما تربو على الاجرة واما في الصلح فمؤنة الرد ليست على المدعى عليه فالمدعي بالاخراج الى السفر يلتزم مؤنة
الرد وله ذلك كذا في العناية اخذا من النهاية **اقول** لقائل ان يقول يلزم من هنا الجواب ان يقدر المستاجر
على ان يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به الموجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستاجر
بالعبد في باب الاجارة يترتب الضرر على الموجر بالزامه اياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضرر
يندفع بالتزام المستاجر بتلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا
ما لم يشترط ذلك فتامل وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه اخر حيث قال وهذا كما ترى
انقطاع لان المعلل احتاج الى ان يضم الى علته وهي قوله والمستاجر لا يملك رقبته قيدا وهو
ان يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب ان يقال لا نسلم ان المستاجر في منافع
العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستاجر كذلك بل يملكها
بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان فيجوز ان يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف يوجبه
او دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا يوجبه انتهى كلامه **اقول** فيما استصوبه نظر لانه ينتقض
بمسئلة الصلح اذ لا شك ان المصالح ايضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالمولى بل هو ايضا انما
يملكها بعقد ضروري هو عقد الصلح مع ان له ان يسافر بالعبد بخلاف المستاجر فيحتاج الى الفرق **قوله**

ولان

ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب
قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا انتهى **اقول** الفرق بينهما ان
مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد راسا بناء على انصراف مطلق
العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الحضر ومدار الثاني على ان كل واحدة من خدمتي
السفر والحضر وان كانتا داخلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الحضر تعينت
بقرينة حال العاقد ومكان العقد فبعد تعينها لا يبقى المجال للاخرى كما في الركوب فانه
اذا اطلق الركوب ثم ركب بنفسه او اركب غيره تعين هو فبعد ذلك ليس له ان يغير
من ركبه اولا لتعينه للركوب فكذا هنا ويرشد اليها قررناه من الفرق بين الدليلين المذكو
في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث
قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد انه يريد
الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد وربما تربو ذلك على الاجر فيتعين
موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة انتهى **قوله** ومن استاجر
عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر قال صاحب الكافي في تقرير
هذه المسئلة ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا فعمل فاعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المص
قوله فعمل واقتفى اثره صاحب العناية **اقول** فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا
استاجر عبدا محجورا عليه شهرا كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم و
عرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذكر الوقت اجيرا خاصا وقد مر في باب ضمان الاجير ان
الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة
او لرعي الغنم فما معنى اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه
حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستاجر ان ياخذ منه ما اعطاه اياه من الاجر الا انه لم يذكر هذا القيد
صراحة في وضع المسئلة اعتمادا على ظهور كونه مرادا فان قلت فمن زاد قيد فعمل اراد بالعمل تسليم
النفس قلت لا نرى له وجها صحيحا اذ لا اتحاد بينهما ولا استلزام فان العمل يوجد بدون تسليم
النفس في الاجير المشترك مطلقا وتسليم النفس يوجد بدون العمل في الاجير الخاص الذي
سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف ان تركه اولى من ذكره
كما صنع المصنف **قوله** لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز
او نظرا الى تنجز الحاجة قال تاج الشريعة فان قلت هذا التعليل انما يستقيم اذا نكر
الشهر وهنا عرف بقوله هذين قلت رايت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما

دين

عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منهما استاجر عبدا شهرين شهرا باربعة
وشهرا بخمسة ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال الموجر اجرت منك هذا
العبد شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرت
منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين
المنكرين اللذين وقعا تحت ايجاب الموجر فيبقى التنكير فصلح التعليل بتنجز
الحاجز لا ثبات التعيين الى هنا كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية في نسج هذا المقام
على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تحرير في اوايل المقال وقال صاحب العناية قيل
مبنى هذا الكلام على انه ذكر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب ليس كذلك واجيب بان
المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام الموجر من المنكر فكان
الموجر قال اجرت عبدى هذا شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة
فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة
انتهى كلامه اقول لا الشبهة شيء ولا الجواب اما الشبهة فان التعليل
المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهرا في شهرا باربعة وشهرا بخمسة ولا يتوقف
على تنكير شهرين اذ على تقدير تعريف الشهرين يصير التعيين مجموع الشهرين من
حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي ان يتعين الاول منهما باربعة والثاني بخمسة
لاحتمال ان يكون الامر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما وابهامه فاحتيج
الى الاستدلال على كون الاول منهما باربعة والثاني بخمسة دون العكس
بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه اصلا واما الجواب فلانه لو كان
المذكور في الكتاب قول المستاجر لما صح تنكير عبدا في قوله ومن استاجر عبدا
هذين الشهرين بل كان هو احق بالتعريف من الشهرين لان بذلك يعلم ان
الذي استاجره هو العبد الذي اجره الموجر منه على ان كون اللام في قول المستاجر
للعهد انما يتصور فيما اذا كان كلام الموجر متقدما على كلام المستاجر في العقد وليس
ذلك بلازم فان ايا من المتعاقدين تكلم اولا يصير كلامه ايجابا فاذا قبل الاخر لزم
العقد فحمل المذكور في الكتاب على قول المستاجر لا يقتضي تعريف الشهرين
في هذه المسئلة على الاطلاق فيلزم تخصيص مسئلة الكتاب ببعض الصور ولا يخفى
ما فيه ثم اقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا
لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير

تعريف

تعريف لفظ الشهرين بل تنكيره ذلك وتعريفه سيان عند تنكير شهرا في شهرا باربعة
وشهرا بخمسة لما بيناه في رد الشبهة انفا وقال بعض الفضلاء يجوز ان يكون وضع
المسئلة فيما اذا ذكر المستاجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكره المصنف معرفا نظرا الى
تعينه المالي حيث ينصرف اليه ما في العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام
المستاجر بل هو لفظ المصنف انتهى اقول ليس هذا بشيء ايضا اذ لا يذهب عليك
ان قوله شهرا باربعة وشهرا بخمسة من كلام المستاجر بل كان من لفظ المصنف لزم
ان يكون المجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستاجر وهذا مما لا يرتضيه العاقل
ثم اقول بقي ههنا كلام وهو ان الظاهر ان جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة
ان يكون الاجير عبدا بل هو متمشى في صورة ان كان حرا ايضا لعين الدليل المذكور
في الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فان المناسب
ان يذكر فيه ما له اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة في الابواب
السابقة مشترك بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا اكثر من كونه حرا
فبنى الامر على الاكثر اذ لا نسلم ان ذلك اكثر بل الظاهر ان كون الاجير حرا اكثر لاستقلاله
وكثرة احتياجه الى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وايضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر
سائر مسائل الاجير ايضا في هذا الباب باب الاختلاف
في الاجارة لما فرغ من بيان احكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر في هذا
الباب احكام اختلافهما وهو الفرع اذ الاختلاف انما يكون بعارض قوله
واذا اختلف الخياط وصاحب الثوب ومعناه ما مر من قبل انه بالخيار الى اخره يعني به ما مر
قبل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة ومن دفع الى الخياط ثوبا ليخيطه قميصا
فخاطه قباء كذا في الشروح واعترض بان المتعاقدين كانا هنالك
متفقين على ان المامور به خياطة القميص والاجير خالف فخاط قباء وههنا قد اختلفا
في اصل المامور به فعند اختلاف المسئلتين كيف يتحد الجواب واجيب
بانه اختلفت صورتا المسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لانه ذكر هنا الحكم
هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق
بخلاف الاخر اعتبار فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية
والعناية وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن الاعتراض المذكور بوجه اخر فقال
ولك ان تقول اذ كان الحكم ذلك اذا اتفقا في الطريق الاولى اذا اختلفا مع ان

وانه تفصيل للشهرين يعلم
يمكن قوله هذين الشهرين
من كلام المستاجر صح

التشبيه غير القياس انتهى اقول ليس ذلك بسديد اما اولا فلانهما اذا اتفقا على مخالفة
المامور به كان التعدى معتبرا عندهما فيجب الضمان قطعا واما اذا اختلفا فى المخالفة فلا تعدى على زعم
الاجير ففى وجوب الضمان عليه نوع خفاء فكيف يصح ان يقال اذا كان الحكم ذلك اى الضمان اذا اتفقا فالطريق
الاولى اذا اختلفا واما ثانيا فلان مورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو
الاتحاد فى الحكم لا التشبيه فما معنى قوله مع ان التشبيه غير القياس فهذا هو لغو ههنا قوله
والجواب عن استحسانها ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق يعنى ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق
لا الى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء لا فرق بين الظاهر والاستصحاب
فالاول يصلح للاستحقاق كاخبار الاحاد انتهى اقول المراد بالظاهر ههنا ظاهر الحال وكون مثل هذا
الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع واما اخبار الاحاد فبمعزل عما نحن فيه فانها من الادلة اللفظية الظنية توجب العمل
دون العلم عند الجمهور على ما عرف فى الاصول

باب فسخ الاجارة

ذكر باب الفسخ اخرا
لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره اخرا قوله واذا مات احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة
لنفسه انفسخت لانه لو بقى العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث
وذلك لا يجوز قال فى الغاية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور فى المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة
ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال ما لم يملكه المورث الى الوارث انتهى كلامه اقول
فيه بحث وهو انه قد مر فى اول باب الاجر متى يستحق ان الاجرة تملك باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من
غير شرط او باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال فى الصورتين الاوليين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال
ما لم يملكه المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة فى حال حيوته بتعجيل الاجرة او بشرط تعجيلها فالتعليل
الذى ذكره صاحب الغاية وان تم فى حق المنفعة لم يتم فى حق الاجرة والاظهر فى تعليل هذه المسئلة ان ينقل فى تعليل
انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستاجر بعلة مستقلة كما وقع فى الكافى وكثير من الشروح سيما فى
النهاية نقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان احدهما فى موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التى تحدث
على ملك المؤجر وقد فات ذلك بموته فيبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة
تحدث على ملك صاحب الرقبة لما ان الاجارة تتجدد فى حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس للاجير
الزام العقد فى ملك الغير والطريق الاخر فى موت المستاجر انه لو بقى العقد بعد موته انما يبقى على ان يخلفه الوارث
والمنفعة المجردة لا تورث الا يرى ان المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه فى المنفعة وقد بينا ان المستعير مالك
للمنفعة وهذا لان الوراثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث فى الوقت الاول
ويخلفه الوارث فيه فى الوقت الثانى والمنفعة الموجودة فى حيوة المستاجر لا تبقى لتورث والتى تحدث
بعدها لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فالملك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد

النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا فى المبسوط الى هنا لفظ النهاية قوله وقال الشافعى لا يفسخ لانه لا يمكن رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار للمستاجر
لا يمكن رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار
اقول فى هذا الدليل الشافعى شئ وهو انه قد تقرر عندهم ان الاجارة على نوعين نوع يرد العقد فيه على العمل كاستيجار رجل على صبغ
ثوب او خياطته ونوع يرد العقد فيه على المنفعة كاستيجار دار للسكنى وارض للزراعة والدليل المزبور لا يتمشى فى النوع
الاول اصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكماله وعدم امكان تسليمه ايضا على الكمال انما ينشآن من ان يتلف شئ من المعقود عليه
بمضى مدة الخيار كما نبه عليه فى الكافى والشروح وفى العقد على العمل لا يتلف شئ من المعقود عليه قبل العمل قطعا وكذا لا يتمشى فى بعض
من النوع الثانى وهو ما لا يتعين المعقود عليه بالمدة بل يتعين بالتسمية كاستيجار دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة
سماها وانما يتمشى ذلك فيما يتعين المعقود عليه بالمدة من النوع الثانى كاستيجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور قاصرا عن افادة ما ادعاه
الشافعى من عدم صحة شرط الخيار فى عقد الاجارة مطلقا فليتامل قوله ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليه فصار العذر
فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتنفسخ به الخ قال ابن العز الحنفى القول بفسخ الاجارة بالاعذار وبموت احد المتعاقدين من
غير نص ولا اجماع ولا قول صحابى بل بمجرد الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فانه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث فى عقود
الاجارات وقد يموت احد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الصحابة الفسخ بذلك ولو كانت الاجارة تقبل الفسخ بذلك
لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس اليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجمهور العلماء على القول بعدم الفسخ بالعذر وان
كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما اذا اكترى حمّاما ليقلع ضرسه فبرا او ليقلع قبل قلعه او اكترى كحالا ليكحل عينه فبرات او نحو ذلك مما
عليه ما هو دون الى هنا كلامه اقول نظره ساقط جدا اذ لا يلزم من ان لا يتحقق نص ولا اجماع ولا قول صحابى فى حق فسخ الاجارة
بالاعذار ان لا يصح القول بذلك فان القياس احد الادلة الشرعية ايضا على ما تقرر فى علم الاصول فيكفى تحقق ذلك فى اثبات حكم
شرعى وقد تحقق فيما نحن فيه كما اشار اليه المصنف بقوله فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض فى البيع فتنفسخ به والمعنى
الجامع بينهما ان المنع يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضى فى موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال
بالقياس لو ورد نص يدل على خلاف ذلك او انعقد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شئ منهما فيما نحن فيه وكون عقد الاجارة عقدا
لازما وكثرة حدوث الاعذار فى عقود الاجارات مما لا يقدح اصلا فى العمل بالقياس فى حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا
مجرد ان لا ينقل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح فى صحة القياس عند تحقق شرائطه والحاصل ان جملة ما تشبث به فى
ترويج نظره هنا اضعف من بيت العنكبوت ثم ان ما ذكره كلا منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لم يرد فى
ذلك العذر ايضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولم ينقل عن الصحابة فيه شئ فالمدار فى ذلك ايضا هو القياس

مسائل منثورة

اى مسائل نثرت عن اماكنها وذكرت هنا تلافيا لما فات قوله واذا قعد الخياط او الصباغ فى حانوت من يطرح عليه العمل
فهو بالنصف صورة المسئلة ان كان للخياط او الصباغ دكان معروف فى مصر وجلس هو عند الناس وله وجاهة
فيقعد فى دكانه رجلا حاذقا ليتقبل العمل من الناس ويعمل فى ذلك الرجل على ان ما اصابا من شئ فهو بينهما نصفان وهذا
فى القياس فاسد لان راس مال صاحبه ان كان المنفعة والمنفعة لا تصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب

لذكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لانه الاجرة اذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل
هو العامل فهو مستاجر لمنع يحتج منه كان بنصف ما يعمل وذلك ايضا مجهول والعلماء تحاخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس
عدم الجواز لا استحسانا وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل في العمل لانهما سوا فيصير كل واحد منهما التقبل وترك
مال الاخر العمل وكل واحد منهما يجب له الاجر فيجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستحسان ان هذا ليس
باجارة وانما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما ولاحدهما يتولى القبول من الناس والاخر
يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله
واحد منهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فان تعيين احدهما لتولي القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده
كون منهما متناولا لها ففي العبارة مسامحة انتهى اقول منشاء توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية واحد منهما يتولى القبول للعطف
وحمل اللفظ على بيان تعيين احدهما لتولي القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك بمراد بل الواو فيه للحال والمعنى ان شركة التقبل
ان يكون ضمان العمل عليهما حال كون احدهما يتولى القبول من الناس فيفهم منه بطريق الاولوية كون الضمان عليهما حال
ان يتولى القبول من الناس معا فيصير محل صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكافي لان تفسير شركة التقبل ان
يكون ضمان العمل عليهما وان كان احدهما يتولى القبول من الناس لجاهه والاخر يتولى العمل لحذاقته انتهى فلا محذور
في عبارة صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه صاحب معراج
الدراية حيث قال لان تفسير شركة التقبل ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل
لحذاقته وهو متعارف وجب القول بصحته انتهى قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا
بحذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال الامام الزيلعي في شرح الكنز قال صاحب الهداية هذه شركة الوجوه
في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ان يشتركا على ان يشتريا شيئا
بوجوههما ويبيعا وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور ان تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بيناه
الى هنا كلامه اقول ليس مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة معناها المصطلح عليه المار في كتاب الشركة بل مراده
بها هنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا يتسع كونها
شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية فحملة الهداية حمله على شركة الوجوه وفيه نظر
لانه شركة الصنائع والتقبل فكان صاحب الهداية اطلق شركة الوجوه لان احدهما تقبل العمل بوجاهته الى هنا كلامه وقال
بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى اقول
ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن كونها شركة اخرى بل هو للاحتراز عن كونها اجارة وان صورة
بالحقيقة ما يقابل الظاهر والصورة لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب
الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف الا انها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه او عقد
شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا في شيء تامل تقف كتاب المكاتب

كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة
لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب
والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق انتهى اقول ان كان قوله وبهذا
وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعتاق مستدركا بل مختل لانه يرد عليه ان يقال ان وقع الاحتراز بهذا
الذي ذكره عن غير تلك الاشياء الثلاثة ايضا فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن
غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها
من الاغيار وبعبارة اخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم ان لا يتحقق شيء من تلك
الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء
الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل يكفي تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره ايضا ام لا لم يكن
فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم يحصر ما يقع الاحتراز
بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وهو الوجه الذي
ذكره صاحب النهاية ههنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه اصلا كما يظهر بالتامل الصادق فكان مطرحا فلا وجه
لتخصيص تلك الاشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه ثم ان صاحب العناية نقل ما ذكر في
النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما
عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا
وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله
بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة الى هنا لفظ العناية
اقول في كل واحد من نقله وبيانه اختلال اما في نقله فلان الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية وقد قيد ما في النقل
الى البيع والطلاق والعتاق واما في بيانه فلانه قيد الهبة في البيان بشرط العوض واطلقها في اثناء النقل ولا شك
ان قوله بمقابلة ما ليس بمال لا يخرجها على الاطلاق اذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها اصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال
كما يخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقييد في البيان وايضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقل عنها
وقد تعرض في البيان خروج النكاح ايضا بقوله بطريق الاصالة ولا يخفى ما فيه وايضا كان الطلاق والعتاق مطلقين في
المنقول وقد قيدهما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله بطريق الاصالة ولم يذكر خروج الطلاق والعتاق
بغير مال بشيء من القيدين مع انهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض وقال
صاحب غاية البيان ذكر المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب
وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من احكام العتق ايضا انتهى ونقل صاحب العناية
عن بعضهم حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العتاق كان انسب ولهذا ذكره الحاكم الشهيد

في الكافي عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من احكام العتق ايضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة
عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة للشخص ومنفعته لغيره وهو انسب بالاجارة لان نسبة
الذاتيات اولى من العرضيات الى هنا لفظ العناية اقول في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب الغاية لان الكتابة
مآلها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة مآلها الولاء وبينهما بون ولا يخفى ان مقصود صاحب الغاية
بقوله لان الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة وبقوله والولاء حكم من احكام العتق ايضا بيان
المناسبة بين العتاق والولاء ايضا وكان صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتاق والكتابة
فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل بلا تدبر ثم ان بعض الفضلاء بعدما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج
عن سنن السداد قصد رد تزييفه ايضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان اراد بانها لا اخراج فيها
فهي كالمكاتب الاترى انه اخراج اليد حالا والرقبة مآلا وان اراد انها ليست بلا عوض فسلم ولا تمس الحاجة الى
المناسبة في جميع اجزاء مفهومه مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم ايضا وكيف والعتق على مال
باب من ابوابه وقوله لان نسبة الذاتيات اولى من نسبة العرضيات محل تامل الى هنا كلامه اقول يمكن دفع ذلك كله
بان مراد صاحب الغاية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض والكتابة ليست كذلك اي ليس فيها
اخراج الرقبة عن الملك حالا وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شقي ترديده
اما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلانه لا شك في ان ليس في الكتابة اخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها
مطلق الاخراج واما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلان الكلام في الانسبية لا في مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله
ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع اجزاء مفهومه ثم انه لما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بلا شرط عوض كان
لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل مع ان اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لان اعتبار
انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه احد وانما يلزم ذلك ان لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض واما اذا كان المراد
بلا شرط عوض فيعم ما بشرط العوض ايضا اذ قد تقرر في موضعه ان بلا شرط شيء اعم من شرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير المعتبر
في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لان عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه
على ما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لان نسبة الذاتيات اولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم
وبالعرضيات ما هو الخارج عنه اذ قد تقرر في موضعه ان الذاتيات في الامور الاعتبارية ما اعتبر المعتبر داخلا فيها و
العرضيات ما اعتبره خارجا عنها بخلاف الحقائق النفس الامرية ففي الكتابة كون ملك الرقبة للشخص وهو المولى
وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند اهل الشرع واما العتق فامر خارج عن مفهومها لانما
هو مآلها الحاصل عند اداء كل البدل وكذا الولاء امر خارج عنه فانه حكم من احكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالاجارة
من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت انسب بالاجارة من العتق ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قدم الاجارة
لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان انسب بالتقديم اقول هذا امر عجيب منهم فان مجرد شبهها ببعض

الحيثيات بالبيع الذي هو بينه وبين كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها كيف يجعل ههنا وجها لتقديمها
على الكتابة وهل يقبله الفطرة السليمة والحق عندي ان وجه تقديم الاجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبيلها
البيئة وبعد كتاب الاجارات فان تلك المناسبة لما اقتضت ذكر الاجارة عقيب ما ذكر قبيلها وهو المعتبر اقتضت ايضا
بالضرورة تقديم الاجارة على الكاتب والا يفوت امر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى
وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي معناه من كل وجه انتهى اقول هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء
بنفسه فان من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم ان العقد الجاري بين المولى وعبده بلفظ الكتابة او ما يؤدي
معناه ماذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا
المضيق ان صاحب النهاية قال وأما الكتابة شرعا فانها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة او بلفظ
يؤدي معناه من كل وجه على ما يجب على اداء العبد مالا معلوما بمقابلة عتق يحصل له عند ادائه انتهى وحسب صاحب
العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله او بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس
الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على اداء العبد مالا معلوما الى آخره من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين
المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في
تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بان يقال الكتابة تحرير يدا في الحال ورقبة عند اداء المال
ما ذكر في الوقاية وغيرها بان يقال الكتابة اعتاق المملوك يدا حالا ورقبة مآلا فليتبصر قوله وهذا ليس للايجاب بالاجماع
بين الفقهاء قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية يخص الفقهاء لان عند اصحاب الظواهر كداود والاصفهاني ومن تابعهما ان هذا الامر للايجاب
حتى ان طلب العبد منه الكتابة وقد علم المولى خيرا وجب عليه ان يكاتبه انتهى اقول فيه اشكال وهو ان صاحب الكشاف قال
في تفسير هذه الآية وهذا الامر للندب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكاتب وعن عمر
هي عزمة من عزمات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود انتهى فعلى هذا كيف يتم القول بان هذا الامر ليس للايجاب
بالاجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من اجلة الصحابة المعروفين بالفقه والرواية وابن سيرين رحمه الله عليه من اعيان التابعين
وكبار الفقهاء وعن هذا قال اجاب الحسن او ابن سيرين فبقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الاجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا
الامر للايجاب اللهم الا ان يقال ان ما ذكر في الكشاف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية مختصة عن عمر وابن سيرين لا ان
مذهبهما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقررا بين الفقهاء فتامل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله بالاجماع الفقهاء
يحترز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء وفي رواية صاحب التقريب من الشافعي وفي رواية عن احمد فانهم قالوا
تجب الكتابة اذا سأل العبد اذا كان ذا امانة وكسب لان الامر يفيد الوجوب على تحقيق علم الخيرية انتهى كلامه اقول
فيه نظر فان كثيرا من هؤلاء فقهاء سيما الشافعي واحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله باجماع الفقهاء عن قولهم بالايجاب في هذا الامر وقولهم
بذلك ينافي ادعاء اجماع الفقهاء على عدم الايجاب في هذا الامر فاني يصح الاحتراز به عنه اللهم الا ان يكون مدار الاحتراز على عدم
تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتداد برواية القول بذلك فتامل قوله

وانما هو للندب هو الصحيح هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للاباحة لا للندب كما في قوله تعالى فاذا حللتم
فاصطادوا وفي قوله تعالى ان علمتم فيهم خيرا مذكور على وفاق العادة فانها جرت على ان المولى انما يكاتب عبده
اذا علم فيه خيرا كذا في الشروح اقول بهذا وبما مر آنفا من قول بعض العلماء بكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال
ما ذكره الامام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في هذا المقام حيث قال والامر للندب باجماع الامة انتهى
اذ تظهر منهما ان كون الامر للندب في فكاتبوهم ليس مما وقع عليه اجماع الامة بل انما وقع فيه اختلافهم ولكن
المختار هو القول بانه للندب كما هو مذهب اكثر العلماء قوله ولا في الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه
تقريره ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيرا لان الاباحة ثابتة بدونه بالاتفاق
وكلام الله تعالى منزه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط
لا اعتبار له عندنا انتهى اقول هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا ان التقييد بالشرط لا يدل
على نفي الحكم عما عداه لا ان ليس في ذكره فائدة اصلا فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلا عن كلام خالق القوى
والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الحمل على الاباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى
العادة كما صرح به من قال بالاباحة على ما ذكر في عامة الشروح قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر
بالمسلمين بعد العتق فان كان يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله اقول لقائل ان يقول
فحينئذ لا يكون في الحمل على الاباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدونه مكروها لا مباحا اذ قد تقرر في علم
الاصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكروه ما كان طرف تركه اولى واذا كان الافضل عند انتفاء الشرط
المذكور على المعنى المزبور ان لا يكاتبه كان جانب الترك اولى فيصير عقد الكتابة اذ ذاك مكروها لا مباحا فينافي
قوله فيما قبل ولا في الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتأمل قوله لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب
على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد الى اخره قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة
وتكلمهم فيها بالرأي يدل على زيافة الحديث كما عرف ولهذا رددنا ما روى اصحاب الشافعي انه عليه السلام قال ابتغوا في اموال
اليتامى خيرا كيلا تأكلها الزكوة في ايجاب الزكوة في مال الصبي بان الصحابة رض اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج احد منهم
بهذا الحديث قلت جاز انه ما بلغ اليهم انتهى كلامه اقول في الجواب بحث لانه مشترك الالزام ويجري في كل موضع
وقع فيه اختلاف الصحابة اذ يقال جاز ان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم ان لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في
المسئلة وتكلمهم فيها بالرأي على زيافة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والاظهر في الجواب ان يمنع كون اختلاف
الصحابة في هذه المسئلة بالرأي فيقال يجوز ان يكون اختلافهم فيها باعتبار وروده حديث آخر بخلاف ذلك
كما روى انه عليه السلام قال اذا اصاب المكاتب ميراثا ورث بحساب ما عتق منه وروى انه عليه السلام قال
يؤدى المكاتب بحصة ما ادى دية حر وبما بقى دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيافة الحديث انما هو
اختلافهم بالرأي لان استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول قوله ويعتق باداءه وان لم يقل

المولى اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير تصريح كما في البيع وعند الشافعي لا يعتق ما لم يقل
كاتبتك على كذا على انك ان اديته الي فانت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى
تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال اوجبت حرية اليد
في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو نص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعي تفسيرها ضم نجم الى نجم ولو نص عليه
بان قال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الى كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا
عن الحواشي الجلالية منقولا فيها عن المبسوط لا يخفى عليك ان ما ذكر من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه
المص انتهى اقول تنصيص المص عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته هنا بل لا يبعد ان يدعي تنصيصه على خلافه بقوله
صحيفة حيث قال اما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور
موجب العقد لا ينافي كونه تفسير الكتابة لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزيز كما هو حال الرسوم
عامة ولئن سلم ذلك ايضا فيجوز ان يكون معنى قولهم راجع الى تفسير الكتابة راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف
كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء ربك اي امر ربك وقوله تعالى واسأل القرية اي اهل
القرية الى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بامثال وهم محض قوله ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع
وقال الشافعي يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رض لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فان الامر
المطلق للوجوب والجواب ان دلالة الاية على ذلك ممنوعة لانه قال من مال الله وهو يطلق على اموال القرب كالصدقات
والزكوات فكان الله تعالى امرنا ان نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على اداء الكتابة والامر بالايتاء
وهو الاعطاء والحط لا يسمى اعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في ايدينا لا الوصف الثابت في ذمة الكاتبين فحمله
على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولئن سلم فالمراد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لان القران في النظم
لا يوجب القران في الحكم ولئن لم نجعل القران موجبا لم نقل الامر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم
قرينة لذلك كذا في العناية اقول فيه نظر لان قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح ان يكون قرينة لكون الامر في قوله وآتوهم
لغير الوجوب بدون ملاحظة ايجاب القران في النظم القران في الحكم اذ لا دلالة في مجرد كون امر لغير الوجوب على كون امر
آخر ايضا لذلك حتى يجعل كون الامر في قوله فكاتبوهم للندب قرينة لكون الامر في وآتوهم ايضا لذلك قوله بخلاف
المستأمن على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الاقدام على العقد عليها فتثبت قال صاحب
العناية ولقائل ان يقول احتمال القدرة في حق المكاتب ثابت لان المسلمين مامورون باعانته والطرق متسعة
استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الاقدام
على العقد عليها فتثبت انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول هذا السؤال ليس بوارد لانه ان اريد ان
احتمال القدرة قبل العقد ثابت في حق المكاتب فليس كذلك قطعا اذ لا اهلية فيه للملك قبل العقد قط فانى يثبت
احتمال القدرة على المال قبله وان اريد ان احتمال القدرة عقيب العقد ثابت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا

لان مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على اصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقد قبل العقد في السلم لكون العاقد فيه اهلا للملك قبل العقد بخلاف الكتابة فان العاقد فيها ليس باهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البدل له قبل العقد وهذا امر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارح الزيلعي والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا ان يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا ان العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئا من الاموال ولا يقدر عليه لعدم اهليته للملك قبله ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به الا يرى ان المفلس لو اشترى اموالا عظيمة يصح شراؤه وان لم يكن هو مالكا لشيء من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم ان يكون العبد مالكا له حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فانه معقود عليه وقد اشار اليه المص فيما بعد حيث قال ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه انتهى تدبر قوله اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه قال صاحب العناية في شرح هذا المحل اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء فان قيل ضم الشيء الى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم اجيب بان مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم انتهى كلامه اقول فيه خلل لان هذا الجواب ينافي قوله فيما قبل الى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب ان يكون المضموم والمضموم اليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله اولا ان يكون المضموم اليه حاصلا عند الاداء لا في الحال والا يلزم ان يكون قوله التي تحصل عند الاداء لغوا محضا كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليك ايضا ان الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج الى هذا بل يجوز ان يقال الضم انما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم الى النجم انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لو كان تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل اصل كلام المص وهو قوله اما الخروج من يده في الحال بل يتعين الخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الاداء على ما تقرر ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المص فلا بد من المصير الى تحقيق معنى الضم في الحال

فصل في الكتابة الفاسدة

اخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة قوله اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم عبر عن مسئلتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكانهما صارا مسئلة واحدة والا فهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على القيمة وقد راعى هذه النكتة في بسط نفس المسائل ايضا حيث اعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى وعن هذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فتدبر واما الثاني فلان القيمة مجهولة الى اخره مع انه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلا ريب قوله وعن ابي يوسف انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان

نرجعه ان لا يخص ابا يوسف وان لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقله ما في النهاية قلت يصح ان كان الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز ان يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقله ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى اقول ما قاله الشارح العيني ليس بشيء اما اولا فلان ظاهر الرواية انما هو عتقه باداء الخمر وباداء قيمة نفسه والمروي عن ابي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير ان يجعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه باداء عين الخمر وباداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا اذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في احد الجزئين وهو عتقه باداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما في الجزء الآخر وهو عتقه باداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه باداء قيمة الخمر في الرواية الاخرى فقوله سواء جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن نفسه او عن الخمر فعتقه باداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض واما ثانيا فلان صاحب غاية البيان من الشراح جعل الالف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وابو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فيعتق اذا ادى ايهما كان انتهى وما اشار اليه صاحب العناية بقوله واما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العيني والشراح ما جعلوا الالف واللام في القيمة الا بدلا عن نفسه ان اراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والا فليس بمفيد قوله وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا اي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان في عدم الاخراج بقاء ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه اذا لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية انتهى كلامه اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام في نفسه اما الاول فلان الظاهر ان كلمة هذا في قول المص وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه والمعنى وهذا اي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كيلا يبطل حقه في العتق بالكلية فحينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة اصلا ويرشد اليه تحرير صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضي بالمسمى وبزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا والمولى ما رضي بالنقصان عنه انتهى واما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيختل كلام المص لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم ان يكون قوله فيما قبل ولا تنقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع انه مطلب مقصود بالبيان ههنا كما لا يخفى او يكون المراد به هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا يفيده اذ لا يستدعي عدم رضى المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت لجواز ان يكون القيمة اكثر من المسمى او يكون المراد بذلك هو النقصان

عن المسمى في القيمة جميعا كما ينصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة فيرد عليه
انه يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان هنا النقصان
عن المسمى ولعل الشارح المسفور انما اغتر بقول المص في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضي بالزيادة
الى آخره لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك ايضا واما الثاني اي انه غير تام في نفسه فلان قوله لان المولى ما رضي
بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة ممنوع كيف وتخصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعا سواء كان
ناقصا عن القيمة ام لا فما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان
البدل المسمى فيها اقل من القيمة فانه لا يجب هناك الزيادة على المسمى الى القيمة قطعا مع جريان الدليل المذكور ههنا في
تلك الصورة ايضا على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى ما رضي بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة
تامل تقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء
عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق اصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا
انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه انتهى قوله لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الذي يلزم من عدم الرضاء
بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأسا لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه
فيه كما تقتضيه عبارة المص وهي قوله كيلا يبطل حقه في العتق اذ الظاهر ان بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد
تعلق حقه به اولا ومعهود ما قيل انما هو قول المص كيلا يبطل حقه في العتق اصلا كما صرح به في النهاية وغيرها
فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد واجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال
بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كيلا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق باداء الخمر وانه
لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق قلنا يحتمل ان القاضي يرى صحة ما روي عن ابي حنيفة
انه اذا كاتبه على الخمر ولم يقل ان اديتها فانت حر فادى الخمر لا يعتق فلو قضى القاضي بتلك الرواية بطل
حقه في العتق انتهى قوله فيه بحث اما اولا فلان مقتضى هذا الجواب ان يكون قوله كيلا يبطل حقه في
العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضاء العبد بالزيادة والمذكور في الكتاب خلافه والكلام فيما
ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب واما ثانيا فلان ذلك على تقدير تمامه انما يتمشى في صورة ان لم يقل
المولى الكاتب على الخمر ان اديتها فانت حر لا في صورة ان قال له ذلك اذ لا رواية لعدم العتق عند اداء
الخمر في هذه الصورة فلا رأي للقاضي فيها مع ان ما نحن فيه يعم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال
في صورة ثم ان صاحبي النهاية ومعراج الدراية ردا على المص ههنا حيث قالا ثم قوله كيلا يبطل حقه في العتق
لا يصلح تعليلا لقوله والعبد رضي بالزيادة لانه يحتمل ان يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى ولا يبطل
حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعا له انتهى قوله
ليس كذلك بديهة لان تحمل الزيادة انما يكون ضررا عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك

وهم صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وتاج الشريعة مسلم

الزيادة

الزيادة واختيار الرق وليس كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق فيسلم جميع ما اكتسبه ملكا لمولاه ويقدر المولى بعد
ذلك على ان يستعمله كيف يشاء فيحصل به اكثر من تحمل الزيادة فلم يظهر في رضى العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه به نفع له اصلا
ثم قال والاولى في تعليل ذلك ان يقال لان العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان قابلا لقيمة نفسه بالغة
ما بلغت لكون ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو اقدم عليه باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضيا
بالزيادة على المسمى ضرورة انتهى قوله وهو ايضا ليس بسديد لان في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب
فانا بصدد ان نثبت بدليل ان موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله
والعبد رضي بالزيادة فلو عللنا هذه المقدمة بما يبتني على كون الواجب في العقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد
بالغة ما بلغت لزم المصادرة ثم اقول بقي شيء في كلام المص وهو ان قوله لان المولى ما رضي بالنقصان الى آخره دليل
شاف مفيد لتمام المدعى وهو ان لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه الآن قوله لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك
المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد مستدرك ههنا لا تمامه مستغنى عنه بما ذكره قبله من قوله لانه وجب عليه
رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة
على تمام المدعى فانه لا يدل على ان لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما
في الكافي قوله لانه لا يتوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته قال صاحب
العناية وتقريره ان الثوب عوض والعوض يقتضي ان يكون مرادا والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مرادا فتعين ان
يكون المتعين مرادا والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف اجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها وان كانت
مجهولة يمكن استدراكها مرادة بتقويم المقومين انتهى كلامه اقول فيه كلام اما اولا فلانا نقول المراد بالمطلق في قوله
والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فرد ما مبهم من الثوب فلا نسلم انه ليس بموجود في الخارج اذ الابهام انما ينافي التعين
لا الوجود في الخارج وكم من شيء يجزم بوجوده في الخارج وان لم يتعين خصوصيته عندنا وان اراد بذلك مفهومه الكلي
فنسلم انه ليس بموجود في الخارج ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين ان يكون المتعين مرادا لجواز ان يكون المراد هو المبهم
فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال ايضا واما ثانيا فلان لمانع ان يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين
في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب اذ قد حكم فيه بتعين كون المتعين مرادا وتعذر
الاطلاع على ذلك لاختلاف اجناسه ولا شك ان الامر كذلك في صورة الكتابة على القيمة ايضا الا يرى الى قول المص فيما مر
واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كانت على ثوب او دابة انتهى
فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على القيمة حتى يتعين بتعيينهم فتامل قوله ولهما انه لا يستثنى
العبد من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى يعني انهما يسلمان الاصل المذكور ولكن يقولان
ذلك فيما صح استثناؤه من غير ان يورث فساد العقد وههنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس
وانما يصح استثناؤه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا للكتابة لتفاحش جهالتها قدرا وجنسا ووصفا كما مر

في اول الفصل فكذلك لا تصلح ان تقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي اقول يرد على هذا التعليل انه يقتضي ان
لا يصح الكتابة فيما اذا شرط ان يرد المولى عليه عبدا معينا ايضا الجهالة فيه ايضا بعينه فان قيمة العبد المعين ايضا مجهولة جهالة
فاحشة مطلقا لو كانت عليها لم يصح كما مر في اول الفصل وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم ايضا ظاهر
مع انهم صرحوا بان الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا والعجب من صاحب الدرر والغرر انه علل
هذه المسئلة بوجه آخر وعزاه الى الزيلعي واورد عليه النقض بما اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المذكور في
الكتاب هو الصواب وعزاه الى الكافي حيث قال لان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من المائة بازاء الكوسج
الذي يرده المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز للنهي عنها كذا قال الزيلعي
ويرد عليه انه يقتضي عدم صحة العقد اذا شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة معينة والقوم صرحوا بخلافه فالقول ما في الكافي
وهو ان بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتب على قيمة الوصيف وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه
من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح ان تكون بدل الكتابة لجهالتها فكذا لا تصلح ان تكون مستثنى من بدل الكتابة
انتهى ولا يخفى على ذي فطانة انه لا فرق بين الوجه الذي عزاه الى الزيلعي والوجه الذي عزاه الى الكافي في ورود النقض بالصورة
المذكورة عليهما فترجيح الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى **قوله** اما اذا لم يبين مثل ان يقول
دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في
الكتابة قال في العناية واعترض على المص بان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المص
ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوزوا التوكيل بشراء العبد والجواب ان اللفظ ان شمل اجناسا عالية
كالدابة مثلا او متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل اجناسا سافلة
كالعبد منعه فيما يبنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى اقول ليس السؤال بشيء
ولا الجواب اما الاول فلانا لا نسلم ان شمول اللفظ للاجناس ان منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المص
ذكر في كتاب الوكالة ان العبد يتناول اجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشرا العبد ممنوع بلا مرية لان المص ما ذكر قط في كتاب الوكالة
ولا في موضع آخر ان العبد يتناول اجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل انواعا لا يصح التوكيل بشرائه
الا ببيان الثمن او النوع فانه قال هناك ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان
بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الامر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا
ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع يقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء
عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا
انتهى فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام ان العبد يتناول اجناسا حتى يجعل مدارا للاعتراض على المص ههنا وقد سبق
الى هذا التوهم صاحبا النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من امثال هؤلاء الفحول واما الثاني فلان الجواب
المزبور مع ابتنائه على القول بان العبد من الاجناس الذي هو خلاف ما صرح به اصول الحل المعقول وفي اصطلاحات اهل الفقه بمعزل عما نحن

شرح ... غاية البيان ونتائج الافكار ... شرح العيني ... هذا الكتاب

من كلام المص في المقام الذي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه اما هناك فلما عرفت آنفا واما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب
المزبور لما احتاج الى تقييد الجنس في قوله ومعناه ان يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب
على مقتضى ذلك الجواب فلا بد في البيان **قوله** ولنا انه معاوضة مال بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه
النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام
ولنا ان هذا يعني ما قال الشافعي قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث
الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتداء
وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح
في الانتهاء وفيه ان مبنى كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وقوله البيع لانه مبنى على المماكسة زيادة
استظهار انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلانه جعل قول المص فاشبه النكاح متفرعا على الشق الثاني فقط حيث
قال فاشبه النكاح في الانتهاء وليس بتام لان كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر
متقرر عندهم في محله واما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر وتمام لم يقل به احد من الشراح ههنا سوى تاج الشريعة
والعيني فانهما قالا في تعليل قول المص فاشبه النكاح لان منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى فكان
حق المقام ان يجعل قوله فاشبه النكاح متفرعا اما على الشق الاول فقط او على مجموع الشقين واما ثانيا فلانه قال وهذا
المقدار كاف في الحاقها بالنكاح وجعل قول المص بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة لزيادة الاستظهار وليس هذا ايضا بتام
لان مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه او في وجه آخر فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر
لا ينافي مشابهته للبيع ايضا فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لانه مبنى على المماكسة لما ظهر انحصار ما يتمسك المشابهة بالنكاح حتى
يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما افصح عنه قول الشارح المزبور ولنا ان هذا قياس فاسد لان
قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث الابتداء او من حيث الانتهاء الى آخره فكان قوله بخلاف البيع عمدة في اثبات المطلوب
فلم يكن لزيادة الاستظهار فقط

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

الظاهر ان اكتفاء
المص في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب ان يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات والا فقد ذكر في هذا الباب كثير مما لا يجوز
للمكاتب ان يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز
للمكاتب ان يفعله وما لا يجوز له فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول
لا يذهب على من له ادنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فان جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضي
تأخير هذا الباب عن احكام الكتابة الفاسدة بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما
ذكر احكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب ان يفعله وان لا يفعله انتهى اقول هذا سالم عما يجب
على ما ذكره الشارحان المسفوران لكن فيه ايضا سماجة فانه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على ان يفعله
فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز ان يفعله المكاتب وما يجوز ان لا يفعله ولا شك ان الذي ذكره في هذا الباب قصد

بانه انما هو ما يجوز ان يفعله المكاتب وما لا يجوز ان يفعله كما يفصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا بجرد ما يجوز ان لا يفعله فان جواز ان لا يفعل شيئا لا ينافي جواز ان يفعله ايضا كما في الاشيا المباحة التي يستوي فيها جانبا الفعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعا **قوله** ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر قال صاحب العناية قد تقدم هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه وكانه اعادها تمهيدا لقوله فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فلان يخرج استحسانا فانه لم يبتنى ذكر بيانه ثمة انتهى اقول لا يخفى عليك انما يصلح ان يكون تمهيدا لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فحديث الاعادة للتمهيد لا يتم عند النظر الى مسئلتي البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك انه انما ذكره هناك استطرادا وانما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدوري هنا انتهى اقول وهذا الذي ذكره هنا ليس بلفظ القدوري وانما لفظه فيجوز له البيع والشراء والسفر بفاء التفريع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكر هنا بالواو بدل فاء التفريع وباظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكر المص فيما مر ايضا فانه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك ان حاصل معناه متحد بما ذكر هنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مذكورا لانه ذكرها في اوايل كتاب المكاتب عند قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه الا انه لم يذكر في البداية ثمة قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا انتهى فتبصر **قوله** وصح العقد لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا يفسد الكتابة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني ان الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو ان يدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان تخدمني مدة او زمانا وهذا ليس كذلك لانه لا شرط الا في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا يفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتأمل فان مراده بما يقابله هو المكاتب الا ان هذا الشرط يختص به ايضا كما سيجيء بعد اسطر انتهى اقول ليس ذلك بشيء لان كون المنع من الخروج تخصيصا للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلا فيهما فان تخصيص الشيء قد يكون بامر خارج عن المخصص كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك يخصص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعا وما نحن فيه من قبيل ذلك ايضا اذ لا ريب ان المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه اصلا كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة او فيما يقابله اذ به يتحقق التمكن في صلب العقد كما عينه **قوله** وهذا لان الكتابة تشبه

(هامش: في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية قبل هذا الموضع ساق الكلام كما ساقه فيها فلا جرم كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر ح)

البيع

البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الاصل اقول لقائل ان يقول قد مر قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف ان ائمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها ورد قول الشافعي فانه بمشابهته للبيع بعدم نسخ العمل ههنا بشبهه بالبيع ايضا ويمكن ان يجاب عنه بان العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل باحدهما بعينه دون الاخر لرجحان الاول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما كما في تلك المسئلة المارة فتأمل **قوله** ونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يختص بالعبد الى اخره قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتاق او قال في جانب العبد عتق كان اولى انتهى اقول لا يشكل من شق كلامه منظور فيه اما شقه الاول فلانه لو قال في جانب المولى اعتاق لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يختص بالعبد كما صرح به المص فلا يلزم من كون الكتابة اعتاقا في جانب المولى ان لا يكون الشرط المذكور مفسدا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعتاقا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتاق واما شقه الثاني فلان الاعتاق في قوله في جانب العبد اعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول الى العتق فكان قوله في جانب العبد اعتاق وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذ حاصل كلامهم ان الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا يفسد الكتابة ايضا بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق ولقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان لا يفسد الكتابة ايضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم ان هذا الوجه الجامع ضعيف والاولى ما بيناه لمقام رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك انه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد او نقول يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى اقول كل من وجهي دفعه غير سالم اما وجه الاول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الداخل في صلب العقد ايضا وان رجع الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وكونها اعتاقا في غير داخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الاول واما وجه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل ان يقول اذا كان لشبهه بالعتق اثر ينبغي ان يعتبر اعتاقا في غير هذا الشرط ايضا **قوله** لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه قال بعض الفضلاء تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها وقال ولا يخفى انه لا يمكن انتهى اقول بل يمكن تعميمه اذ الظاهر ان مدار حكمه بانه لا يمكن هو ان المكاتبة بتزويج نفسها تتملك المهر فيصير ذلك وسيلة الى الكتابة الا انه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى لكنه ليس بتام فانه يجوز تزويج المكاتبة نفسها وتزويج المكا

(هامش: ليس بذلك لان الذي هو المقصود بالكتابة هو العتق وليس في ذلك فقد ذكر ما ذكره المص وعقد ذلك في تعليل المسئلة بقوله اذ تزويج الكتابة نفسها لا ... ه)

امته فرقا كما صرحوا به في اثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب امته فيما سياتي وقد اوضحه صاحب النهاية حيث سال هنا كيف ان المكاتب
لما ملك تزويج امته بهذه العلة ينبغي ان تملك المكاتبة تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لانها تكتسب المهر ويسقط نفقتها
عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط ان المكاتبة لا تتزوج بغير اذن
المولى واجاب بان تزويج المكاتبة نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة فان مقصودها من تزويج نفسها
شيء آخر سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج
الامة وعزاه الى المبسوط فتلخص من ذلك الجواب ان الدليل المذكور هنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتبة نفسها ايضا
كما لا يخفى تامل تقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المص والتزويج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر
والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فان التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبة
لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المص ثم ان الدليل الاظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمذكر ما ذكره
صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز للمكاتب ان يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه
ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد احدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة وردت
في المذكر ولكن بدلالته يعم المؤنث ايضا لا محالة **قوله** وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز
لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم ان المكاتب انما يملك ما كان من
من التجارة او من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره هنا ليس من ذلك فلا يملكه انتهى اقول قد خالف الشارح
المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة او من ضروراتها مع انه يملك ايضا ما كان
من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج امته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب اعم من التجارة كما سيجيء فالحق
هنا عبارة المص حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه الا ان يقال ان مثل تزويج امته من ضرورات التجارة
وان لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله او من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها ايضا لان المأذون له
يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج امته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سياتي وقد تقرر عندهم ان من ملك شيئا يملك ما هو
من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له ايضا اجماعا فلا محيص عن المحذور في كلام الشارح
المزبور الا بان يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام **قوله** وكذلك الاب والوصي
في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق
الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج امة الصغير وكتابة عبده لا تزويج عبده ولا بيعه من نفسه ولا اعتاقه
على مال كما لا يملكها واعترض عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل ان يقول
الاعتاق على مال انفع من البيع على ما مر ولا مانع هنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فاذا
ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال ايضا انتهى اقول لم يصرح في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب

ان العتق

ان العتق انفع من البيع واما الذي قرروه في عامة الكتب ان الكتابة انفع من البيع لانها لا تزيل الملك الا بعد وصول
البدل الى المالك والبيع يزيله قبله ولا شك ان الاعتاق على مال يزيله قبله ايضا مع ما فيه من ثبات الدين في ذمة المفلس
كما تراه فلم يكن انفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكا البيع كان ينبغي ان يملكا العتق على مال
ايضا **قوله** واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي ح ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف له ان يزوج
امته اقول في هذا التحرير نوع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكر قبيل
هذه المسئلة من قوله وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز فمع كون كلمة اما في قوله واما
المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأباه اذ حكم ما ذكر قبيله ايضا عدم الجواز ينافيه قوله وقال ابو يوسف
له ان يزوج امته فان تزويج الامة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسئلة فما معنى بيان خلاف
ابي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه انه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء
فانهما يجوزان للمأذون له قطعا كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر
في هذا الباب اصالة ومسئلة جواز البيع والشراء والسفر انما ذكرت في اول هذا الباب تمهيدا لقوله فان شرط عليه
ان لا يخرج من الكوفة الى اخره كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك ان ما يصلح للتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر
دون مسئلتي جواز البيع وجواز الشراء فحديث الذكر للتمهيد دون الاصالة لا يتم عذرا لا هناك ولا هنا واعلم
ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب اولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفره وان شرط
منعه وانكاح امته وكتابة عبده وثانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا هبته ولو
بعوض وتصدقه الا بيسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم قال وشيء منها لا يصح
من مأذون ومضارب وشريك تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الاشتباه والاشكال فحمل الاشارة
على المنفيات فقط وعين قوله لا تزوجه الى اخره لكونها على نوع واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تماميتها
في صورتي البيع والشرى من المثبتات واما في هذا الكتاب فلا يتيسر ذلك التوجيه اما اولا فلان المنفيات لم تذكر فيه على نوع
واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الاخرى فلا يفهم الاشارة الى البعض دون الاخر من اللفظ
واما ثانيا فلان قوله وقال ابو يوسف له ان يزوج امته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات في المكاتب وانا
اتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض احد منهم هنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير
قوله هو قاس على المكاتب واعتبره بالاجارة اي ابو يوسف رحمه الله قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب
يجوز له ان يوجر عبده وامته فكذلك يجوز له ان يزوج امته كذا في الشروح اقول في كل من قياسه واعتباره نظر
اما في الاول فلانه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده ايضا فان المكاتب
يجوز له ان يكاتب عبده فينبغي ان يجوز للمأذون له ايضا ان يكاتب عبده بطريق القياس مع ان كتابة المأذون له عبده
مما لا يجوز بالاتفاق واما في الثاني فلانه لو تم اعتبار التزويج بالاجارة من حيث ان جوازها للمأذون له تقتضي جواز

له ايضا لزم ان يجوز تزويج عبده ايضا كما يجوز ايجاره عبده وامته على ما نصوا عليه مع انه لا يجوز له تزويج عبده
بالاجماع ثم ان صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار
في الفعلين وهما التزويج والاجارة لان المماثلة بين هذين العينين ظاهرة اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق
التصرف فكان شرط القياس موجودا فاستعمل لفظ القياس لذلك واما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير
لان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين لان للمنفعة حكم المالية الا ترى ان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة
بمقابلة المنافع كما لا يثبت دينا بمقابلة الاموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هنا كاليق انتهى كلامه
اقول فيه بحث اما اولا فلانه ان اراد بقوله اذ في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف ان في كل منهما فك الحجر و
الاطلاق في جميع التصرفات فليس كذلك قطعا اذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما وان
وان اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق التصرف الذي اطلق في الاخر ايضا فليس كذلك ايضا الا يرى انه يجوز
للمكاتب ان يكاتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق وان اراد بذلك ان في كل منهما فك الحجر واطلاق بعض
من التصرف في الجملة فبهذا القدر لا يتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلا عن ظهورها واما ثانيا فلان قوله
بل لان الاجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الى اخره لا يدل على ان يكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية
لا غير فان انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الاخر التي من
جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب الغاية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لان المراد بالقياس
ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وان كان غيره فكل فلا نسلم اولويته انتهى اقول هذا النظر ساقط فان المراد
بالقياس هو الشرعي كما يرشد اليه جعله دليلا على المسألة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين ان اراد به انه لا يكون بين نفس
العينين من حيث ذاتيهما فمسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله بينهما
من تلك الحيثية بل مراده بذلك استعماله بينهما من حيث عملهما وتصرفهما ولا ريب في جريان القياس الشرعي بينهما من هذه
الحيثية وان اراد به انه لا يكون بين العينين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة على انه لو كان المراد بالقياس
هنا غير الشرعي كان منع الاولوية ايضا ساقطا لان لفظ القياس اكثر واشهر استعمالا في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار
حتى ان معنى المماثلة كان معتبرا في اصل معنى القياس من حيث اللغة ومن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره قاس الشيء بالشيء
قدره على مثاله فكان استعمال لفظ القياس في الشيئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الامرين
اللذين بينهما مماثلة خفية اولى من العكس قطعا لان فيه توفية الاقوى للاقوى والاضعف للاضعف ثم ان راى
صاحب الغاية هنا ان يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في النهاية وقاسه
واعتبره مترادفان اقول ان اراد انهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جدا وان اراد انهما مترادفان
في عرف الفقهاء والمصنفين فلا وجه فليتتبع قوله ولهذا ان المأذون له لا يملك الا التجارة وهذا ليس بتجارة
اقول كان الظاهر ان يقال ان المأذون له لا يملك الا التجارة بالقصر حتى يلتئم من ضم المقدمة الثانية وهي قوله

وهذا اي تزويج الامة ليس بتجارة ان لا يملك المأذون له تزويج الامة فان مجرد ان يملك التجارة لا ينافي ان يملك
غيرها ايضا فلا يلزم من ان لا يكون تزويج الامة تجارة ان لا يملكه المأذون فلا يتم التقريب قوله ولانه مبادلة المال
بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال اقول يرد على قوله اذ هي اي الاجارة مبادلة المال بالمال
انه يلزم ح ان ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع انه تعريف مسلم متفق عليه وقد اورد عليه بعض الفضلاء
بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه يخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتأمل انتهى اقول يمكن
التوفيق بين ما ذكره المص هنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم
اورد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال انتهى بان مرادهم
بما ليس بمال ما ليس بمال بالحقيقة ومراد المص بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا بالحقيقة فان
احد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين واقامتها مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة
ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله اذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا ان المنفعة
في الاجارة في حكم المال انتهى ثم اقول ويمكن ان يحمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون
ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق الى الكامل فح لا يرد انتقاض تعريفهم البيع بالاجارة لان احد البدلين
هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفته آنفا ثم ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المص اذ هي مبادلة المال بالمال لان المنافع
في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في النكاح مع
ان النكاح شرع ابتغاء بالمال لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم انتهى وهكذا قال صاحب الغاية ايضا غير انه لم يذكر الواو
في قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرا في باب النكاح بل جعله علة لما قبله اقول فيه بحث لانه يخالف لما ذكره
المص في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها
حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشروع انما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع
على اصلنا انتهى فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على اصلنا سيما في باب النكاح فتأمل **فصل**
لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها
لان التبع يتلو الاصل **قوله** واذا اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها هذا لفظ القدوري
قال المص ومعناه اذا كان معها ولده وقال صاحب العناية في شرح المقام امراة المكاتب القنة اذا ولدت قبل ان
يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له ان يبيعها بالاتفاق اقول في عبارته
خلل لان القنة بالتاء في وصف المراة تخالف اللغة اذ قد تقرر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيه
الاثنان والجمع والمؤنث حتى قال صاحب المغرب واما امة قنة فلم اسمعه انتهى **قوله** واما امتناع
بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها قال تاج الشريعة فان قلت
اذا ثبت للولد حقيقة الحرية يثبت للام حقها وهنا يثبت للولد حق الحرية فينبغي ان لا يثبت للام حقها

نعم هذا يستعمل بالهاء فى الغنم ايضا من
اللغة بالثانيا راد فى كتاب جواز التشابه
الصنف لا دريـ كتاب الفقه بلا كونه
من الصحة ما لم يبلغ النقل عن
ائمة اللغة مسلم

تحقيقا لانحطاط رتبتها عن الولد قلت للكتابة احكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون
الكتابة تحقيقا لانحطاط الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبة للولد قلت لان العقد ما ورد عليها
انتهى قوله فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي ان لا تصير مكاتبة تبعا للولد وانما تقتضي
ان لا تصير مكاتبة اصالة الا يرى ان المكاتب اذا اشترى اباه دخل ابوه في كتابته ويصير مكاتبا تبعا للولد
كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب هناك ايضا قطعا فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني ان يقال
انما لا تصير مكاتبة تبعا للولد تحقيقا لانحطاط رتبتها عن ولدها في حق الحرية الا يرى انها لا تصير حرة
في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه فكذا لا تصير
مكاتبة تبعا لولدها بل يثبت لها بعض احكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا
ملك ولدها فانه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية او حقها تحقيقا للصلة بقدر
الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فان قلت العقد ما ورد على الولد ايضا قلت ورد على المكا.
والولد جزؤه فيكون واردا عليه بخلاف الامة انتهى قوله فيه ايضا نظر لان كون قرابة الولد قرابة
جزئية لا يقتضي ان يكون ورود العقد على الاب ورودا على الولد ايضا والا يلزم ان يكون كتابة الولد
ايضا فيما نحن فيه اصالة لا تبعا للوالد فلا يصح قول المص لما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا لا يخفى ويلزم
ايضا ان لا يثبت فرق عند ابي ح رحمه الله بين ما اذا كان ولدها معها في الاشتراء وبين ما اذا لم يكن
ولدها معها فيه تدبر تقف قوله ولان القياس ان يجوز بيعها وان كان معها ولد الى قوله وبدون
الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه قال صاحب العناية ولقائل ان يقول القياس كما ينفيه
ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكرنا اولا الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع انه مناف لصدر الكلام تحكم
والجواب انه ليس بتحكم وانما هو عنها بالاستحسان بالاثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولا
شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب وقولنا والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه فترك به القياس
بخلاف ما اذا كان معها الولد الى هنا كلامه قوله في الجواب بحث وهو ان الاثر المذكور لا يفرق بين ما
اذا كان معها ولدها وبين ما اذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهر اطلاقه يتناول الصورتين معا فقوله
ولا شك ان الولد انما يعتق الام اذا ملكه الاب ان اراد به ان الاثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جدا
وان اراد به ان ذلك المعنى ثابت متقرر بدون دلالة الاثر المذكور عليه فهو يؤدي الى المصادرة اذ هو
اول المسألة فان الامامين لم يقبلاه فلهذا لم يجوزا بيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل
ان يملكها بناء على انها ام ولده وان لم يملك ولدها قط على ان قوله ولا شك ان الولد انما يعتق الام
اذا ملكه الاب ليس بتام على قول اصحابنا جميعا لانه ان اراد بالملك في قوله اذا ملكه الاب ملك اليمين فهو
ليس بشرط في اعتاق الولد امه عند احد من الفقهاء الا يرى ان الحر اذا استولد امة نفسه لا يجوز

بيعها

قوله اي ورد في مشكل ... الصوت فانه قد ولدت مارية القبطية ابراهيم من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقيل له الا تعتقها فقال اعتقها ولدها منه

بيعها بالاثر المروي بعينه مع ان الولد هناك ليس بمملوك للاب ملك اليمين بلا ريب وان اراد به ملك
التصرف في امره بالولاية عليه فهو ايضا ليس بشرط في اعتاق الولد امه عند اصحابنا فان من استولد
امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له عند اصحابنا جميعا على ما عرف في باب الاستيلاد من كتاب العتاق
فلا يجوز بيعها عندهم مع ان التصرف في امر ذلك الولد والولاية عليه انما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك
الولد بسبب ما كانت الامة مملوكة له عند الاستيلاد لا للاب فظهر ان قوله ولا شك ان الولد انما
يعتق الام اذا ملكه الاب ليس بتام على كل حال قوله ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت
منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها وفي بعض النسخ دخل في كتابتهما وكان كسبه لها اي
في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة والاول هو الوجه لان فائدة الدخول هو الكسب كذا
في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل اذ يجوز ان يقال فائدته ان يعتق بعتقها سواء كسب
ام لا بان لم يبلغ مبلغ الكسب مثلا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان المراد ان فائدة دخول الولد
في كتابة الابوين هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم يتحقق فائدة
تذكر في دخوله في كتابة ابيه فكان القول بدخوله في كتابة امه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد بعتق امه انما يكون
فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام في الثاني ولئن سلم تعميم الفائدة او جعل فائدة الولد فائدة له ايضا
فتلك الفائدة ايضا انما يتحقق بالنظر الى دخوله في كتابة امه فقط فلا تنافي كون الاول هو الوجه بل تؤيده واما حديث
ان لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له هنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح ان يكون فائدة في الجملة والكسب
كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

فصل

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس
مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكر كذا في الشروح قوله ثم ان مات المولى عتقت
بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يسقط لان الاكساب تسلم لها
وكذا اولادها التي اشتراها بعد الكتابة وهذا اية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة وبالنظر الى
ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط الا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت
طالق ثم طلقها ثلثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين فقلنا بسلامة
الاكساب عملا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقتفى اثره
صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب اقول في الجواب نظر اما اولا فلانه قد تقرر
فيما تقرر ان العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون
الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل وجهة كونها شرطا تستلزم سقوطه وهما اي السقوط وعدمه
متنافيان قطعا لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا
يمكن اجتماعهما كذلك واما ثانيا فلان العمل بالشبهين لو تصور ههنا فانما يتصور عند ثبوت الكتابة لانتهائها

الثابت بكل من المعاوضة والشرط لو عند بطلانها لانه ينتفي ح محل المشابهة بالكلية فما معنى قول هؤلاء الشراح فلما ضعفت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط ثم اقول الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما اشار اليه المص في المسئلة الاتية بقوله غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تامل **قوله** واذا كاتب الولى ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية قال صاحب العناية لا يقال احدهما تقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتا على سبيل البدل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بان قال ان اراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة يسلم لها الاكساب بخلاف العتق بامومية الولد وان اراد النوعية فلا تنافي انتهى اقول وهو مردود بشقيه اما شقه الاول فلان صاحب العناية ان اراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة والعتق بامومية الولد في اللوازم سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم امر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الى آخره لا يصلح ان يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علة لسقوط المنع عنه واما شقه الثاني فلانه ان اراد بقوله فلا تنافي في قوله وان اراد النوعية فلا تنافي انه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها بخلاف العتق بامومية الولد فانى يجتمعان معا وان اراد بذلك انه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البدل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال **قوله** غير انه تسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه قال صاحب غاية البيان ولقائل ان يقول النظر لها في ايفاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لا في ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة له فينبغي ان يكون الكسب للمولى لانها لا انها عتقت بالاستيلاد لا بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وانت خبير بانه دليل في ابطال حق الغير فانها عتقت وهي مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تامل انتهى اقول ليس هذا بشيء صحيح لان ملك المكاتب والمكاتبة في اكسابهما انما هو يدا لا رقبة ولهذا لا يملكان التبرع فيها وانما رقبة اكسابهما لمولاهما كرقبة انفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما تاتى فقوله وملكها يمنع ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبها يدا لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقبة فلا يندفع الاستشكال بلزوم ابطال

قوله ثم ان الثابت للاول ... بعد بطلان الكتابة بسبب المعاوضة والاستقلال ... الا ان سقوط البدل ... هنا فكانت بعدم سقوط البدل على استلزام المعاوضة اللازم الآن ... سلامة الاكساب عدم سقوط البدل هنا ليس بلازم يكون ما ذكر هنا تعليلا باللازم

قوله لانه لا تنافي ... جهتي عتق تلقتا على سبيل البدل

حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب الغاية ولنا في قوله تسلم لها الاولاد ايضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت منفسخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لانه حكم ولد ام الولد حكم الام لانه تابع للام في حالة الولادة انتهى كلامه اقول هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة امها من غير مولاها وقد اشترتها امها حال الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المص تسلم لها الاولاد والاكساب بقوله اي الاولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولا شك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المص في بيان سلامة امثال تلك الاولاد لها اذ لو اعتبرت الكتابة منفسخة ايضا في حق امثالهم لكانوا ارقاء الورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذاك قطعا وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل ان يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب ان تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبار احدهما ان يبطل بعجز المكاتب عن ايفاء البدل والثاني ان يبطل بانتهائه بايفائه وبالاول يعود رقيقا فاولاده واكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو واولاده ويخلص له ما في يده من اكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظر للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان كون الكتابة عقدا واحدا لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كانا من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض امورا منها وحدة الجهة وههنا لم يتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البدل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والاكساب كما ينبئ عنه قول المص لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد فلا محذور اصلا واما الثاني فلوجوه احدها ان انتهاء الكتابة بايفاء البدل انما هو تمامها وتقررها فجعله احد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل وثانيها ان المكاتبة في مسئلتنا هذه ممن لم يقع منه ايفاء البدل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على ايفائه واعتبار غير الواقع واقعا لمجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع وثالثها ان قول المص لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاكساب والاولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير ان يحمل المقام على انتهاء الكتابة بايفاء تمام البدل يصير امر الكتابة في حق البدل وفي حق الاكساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند ايفاء تمام البدل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البدل وبقائها في حق الاكساب والاولاد وجه ورابعها ان حمل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع اصل السؤال لان البطلان على اي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعا اذا كانا من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور اصلا ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المص تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتامل فلعله سديد انتهى كلامه اقول هذا السؤال ايضا ليس بشيء وجوابه

ليس ببعيد اما الاول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعلل بعلتين مستقلتين على سبيل الاجتماع واما
على سبيل البدل فيعلل بهما قطعا على ما تبين في موضعه والامر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان
او ادلة كذلك فان المقصود في امثال ذلك التنبيه على ان كل واحد من الدليلين او الادلة مما يصح ان يعلل به المطلوب
بدلا عن الاخر واما الثاني فلان كون المعلل بالعلة الاولى الجهة التي على المكاتب ممنوع لان تلك الجهة ان يلزمها ايفاء البدل
وقوله لامتناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة لسقوط بدل الكتابة عنها فاذا
سقط عنها البدل لم يلزمها ايفاؤه قطعا فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليلين على ما لها وما عليها سديدا كما لا يخفى قوله
عند لما تجزى بقي الثلثان دينا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير لان في التخيير
فائدة وان كان جنس المال متحدا لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واداء اقلهما اعسر لكونه حالا
فكان التخيير مفيدا كذا في عامة الشروح وعزي في معراج الدراية الى المبسوط لفخر الاسلام اقول
فيه شيء وهو ان الفائدة المذكورة انما تتصور في صورة اذا كان البدل المعجل بالتدبير اقل من البدل المؤجل
بالكتابة واما في العكس فلا اذ لا شك ان اداء الاقل المؤجل ايسر من كل وجه من اداء الاكثر المعجل
فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة اصلا لتعين اختيارها الاقل لا محالة كما قال صاحباه مع ان الحكم
بالخيار يعم الصورتين عنده كما هو الظاهر من اطلاق المسئلة في الكتب باسرها قوله وعندهما
لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد المالين فتختار الاقل لا محالة فلا معنى
للتخيير واعترض عليه بان الاعتاق لما لم يتجز عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به
وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير واجيب بانا قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها
فنبقيها لذلك فلربما يكون بدلها اقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية اخذا من شرح تاج الشريعة
اقول في الجواب اشكال لان القول بابقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير ينافي قول المصنف
وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة اذ الظاهر ان الحرية والكتابة لا تجتمعان في شخص واحد في
حالة واحدة فانى يتصور ابقاء الكتابة فيها بعد ما صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة
لا ابقاء حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو بقي حكم الكتابة لا تبقى تأجيلها لانه
من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقرير دليل الامامين هنا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه
لان الاعتاق لا يتجزى عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي اصل المال
عليه غير مؤجل الى آخره ولو بقي تأجيلها لزم ان لا يتم قولهما فتختار الاقل لا محالة فلا معنى للتخيير اذ
ان تختار الاكثر المؤجل لكون ادائه ايسر من اداء الاقل المعجل كما قرر في بيان دليل ابي حنيفة فيكون هذا
هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الاشكال قوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق
حريته اقول لنا ان نمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والكا

في المدبرة في الحال بمجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز ان تحتاج استفادة حقيقتها عاجلا فتلتزم
المال بمقابلتها الا ترى انه يجوز للمولى ان يكاتب ام ولده بالاجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعا لعتقها
عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز التزام المال من ام الولد بمقابلة ما يستحق حريته
كلا للاحتياج الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما تر فلان جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق
حريته بعضا لتلك العلة بعينها اولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه اخر حيث
قال يتمشى على اصل ابي يوسف فانه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزي الاعتاق انتهى اقول ذاك ساقط لانا
لا نسلم ان المدبر والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان به حرية الثلث
عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثيهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع
وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على اصل الامامين وهو عدم تجزي الاعتاق لا ينافي استحقاق
حرية الثلث بنفس التدبير عندهما ايضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل
عندهما فالمراد بقوله لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا هو انها استحقتها مجانا من غير ان يلزمها سعاية في ذلك
الثلث كما تلزمها في الثلثين الاخيرين وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته
هو ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته مجانا بخلاف ما لا يستحق حريته او يستحقها ولكن
يلزمه اداء مال السعاية فانه يجوز له ان يلتزم المال بمقابلته ولا يخفى ان هذا المعنى يتمشى على اصل ابي حنيفة واصل
ابي يوسف ايضا فتفكر تفهم قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال
فكان ربوا قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس انه لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال
بما هو مال لان الاجل ليس بمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة
واذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلا عن الف وذلك ربوا انتهى وقال بعض الفضلاء اشار بقوله وذلك في قوله وذلك
في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ولكنه منتقض بالمهر والمال المقابل بالطلاق
الا ان يقال ذلك على خلاف القياس بالنص انتهى اقول ليس ذلك منتقضا بالمهر والمال المقابل
بالطلاق لان المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالايجاب
والقبول بطريق الاصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما لان ذكر العوض فيهما ليس
بطريق الاصالة وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا اورد عقد الكتابة
بعد عقد الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتمل
فيه ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقالوا احترز بقولنا بمقابلة ما ليس بمال عن البيع والهبة
بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصالة النكاح والطلاق والعتاق على مال فان ذكر العوض فيها ليس
بطريق الاصالة انتهى ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق فيجوز لان الاسقاط

انما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا انتهى وقال ذلك البعض من الفضلاء لو صح هذا لم يجز هبة المهر المؤجل
واسقاط الديون المؤجلة انتهى اقول ليس هذا بسديد لان المستحق في كل منهما هو المؤجل والمسقط ايضا
هو المؤجل وليس هناك شيء معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق اصلا بخلاف ما نحن فيه فان
الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق
واستيفاء لبعض الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا فلا
يمكن الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه
الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقا لكان اظهر لان تأثير
قوله والمعجل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى وغير هذا
قال تاج الشريعة في شرح قول المص لانه اعتياض عن الاجل لان المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل
الصلح اسقاطا للبعض واستيفاء للبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل
بخمسمائة اخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز انتهى قوله ووجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه
لانه لا يقدر على الاداء الا به قال بعض العلماء فيه مناقشة ظاهرة اذ قد سبق ان الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صح
الكتابة الحالة فليتأمل انتهى اقول هذه المناقشة انما تظهر اذ لو اراد بنفي القدرة على الاداء الا به نفي القدرة الممكنة
وهي ادنى ما يتمكن به من الاداء واما اذا اراد بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الاداء كما هو الظاهر فلا يكون
للمناقشة مجال للظهور اذ اليسر على الاداء في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لانه عاجز غريب المولى غالبا فيتعسر الكتابة
عن اداء هذا المال في الحال فيعسر الاداء عليه جدا بدون الاجل وان امكن في الجملة على ان المص واضرابه لم يثبتوا في
تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا ان عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه
الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحال
يرد الى الرق انتهى فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر

باب من يكاتب عن العبد

لما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل في الكتابة ذكر في هذا الباب احكاما تتعلق
بالنائب فيها وقدم احكام الاصيل لان الاصل في تصرف المرء ان يكون لنفسه قوله وهي اولى بذلك من الاجنبي
يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلان يجوز في حق ولدها اولى لانه اقرب اليها من الاجنبي
كذا في الشروح وقال صاحب العناية بعد ان ذكر ذلك واقول لعله اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز
ههنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وارعاية الحق انتهى وانا اقول ارعاية الحق خلاف
وهو ان يكون ثبوت الجواز ههنا ايضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضي خان
في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى ان ثبوت
الجواز ههنا على وجه القياس والاستحسان ان اراد بوجه القياس ههنا كون الولد تابعا للام كما هو الظاهر

من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس بتام لان تبعية الولد للام في الكتابة
مطلقا انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد
الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من احاط بمسائل كتاب المكاتب جزا ولا شك ان في مسئلتنا
هذه في كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين ولدا قبل الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة في
المسئلة الاولى ايضا بالاتفاق كما صرح به المصنف هناك وقال هنا الا انها جعلت نفسها اصلا في الكتابة
واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى انتهى مع ان ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس
بالاتفاق وان اراد بوجه القياس هنا ثبوت ولاية المكاتبة على اولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح
اذ قد صرحوا قاطبة بان الام الحرة لا ولاية لها على اولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر في وضع
هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد لربما توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما فلا يعلم
تساوي والامة في حكم هذه المسئلة

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية
البيان وقال اكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد اقول الوجه
الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتمشى في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول ابي حنيفة بخلاف الوجه
الاول تامل تقف قوله واذا كان العبد بين رجلين قال بعض الشراح وفي بعض النسخ
بين شريكين وهي اولى انتهى اقول وجه الاولوية ان حكم هذه المسئلة يعم ما اذا كان العبد بين رجلين
وما اذا كان بين رجل وامرأة او بين امرأتين ولفظ شريكين ينتظم الكل اذ يجعل الشريك فعيلا
بمعنى المفعول من شركه وكذا فان كلا من المتشاركين في امر شارك فيه ومشروك والفعيل بمعنى المفعول
يستوي فيه المذكر والمؤنث او بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ الكتابة
ونحوه حتى جعلوا التتابع جمع تابع من هذه الحيثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية
لما اخذ بنسخة بين شريكين حيث قال قال واذا كان العبد بين شريكين فرد بعض الفضلاء قوله
شريكين برجلين حيث قال اي بين رجلين اقول هذا امر عجيب اذ لا شك ان حكم هذه المسئلة
غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يحتمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما
لا وجه له ههنا اصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقا تغليبا للذكور على
الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام اياه فكيف بالعكس قوله واصله ان الكتابة تتجزى عنده
خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن
انه لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واصل هذا ان
ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما كالاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده

والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير
اذنه انتهى كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة اي على
مذهبهما انتهى اقول هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعا
الا يرى الى المحقق لهما في تعليل مذهبهما في هذه المسئلة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم
التجزي فهو اصيل في النصف ووكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز
انتهى ولعل قوله على مذهبهما وقع سهوا من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية
بعد ان شرح دليلي الطرفين في هذه المسئلة بالتمام قال وكان المصنف اختار قولهما حيث اخره انتهى
وقال بعض الفضلاء فيه كلام لانه يأبى عنه ترجيح قول ابي حنيفة في كتاب العتاق انتهى اقول
الذي مر في كتاب العتاق مسئلة الاعتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول
ابي ح في مسئلة الاعتاق ترجيحه في مسئلة الكتابة ممنوع سيما اذا كانت كتابة احد الشريكين
باذن الاخر كما نحن فيه فمن اين يثبت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الاصل في كلتا المسئلتين
هو التجزي وعدمه فترجيح قوله هناك لم يكن بالتصريح به بل انما فهم من تاخير دليله في البيان وقد
عكس الامر ههنا ففهم منه ترجيح قولهما لا محالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني
على الرجوع عن الاول كما هو المخلص في امثال هذا فلا محذور فتدبر قوله ويضمن شريكه كمال
عقرها وقيمة الولد قيل ينبغي ان لا يضمن شريكه قيمة الولد عند ابي ح لان حكم ولد ام الولد حكم امه
ولا قيمة لام الولد عنده فكذا لابنها واجيب بان هذا على قولهما واما على قوله فينبغي ضمان قيمة
الولد قال صاحب الغاية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشيء اقول يعني ان هذا الجواب
ليس بشيء لان ما ذكره المص فيما سيأتي بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول ابي ح ينافي هذا الجواب قطعا
ثم قال صاحب الغاية وقيل عن ابي حنيفة في تقوم ام الولد روايتان فيكون الولد متقوما على احد
هما كان تقوما بالقيمة انتهى وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما اسلفه الشارح في باب البيع الفاسد
من ان الروايتين في حق المدبر واما في حق ام الولد فاتفقت الروايات عن ابي ح انه لا يضمن بالبيع
والغصب لانه لا تتقوم مالية انتهى اقول لا ضير في مخالفته ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما قاله
صاحب العناية في باب البيع الفاسد فانه وان اسلفه هناك تبعا لصاحب النهاية الا ان المصنف
صرح هناك بتحقق الرواية عن ابي حنيفة في تقوم ام الولد ايضا حيث قال وان ماتت ام الولد
والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي ح وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه انتهى والمجيب
بهذا الجواب الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرا في باب البيع الفاسد عدم تحقق
الروايتين عن ابي ح في حق ام الولد واما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه

بل هو

بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك قوله وبخلاف بيع المكاتب الحاجر هذا جواب عما يقال هلا قلتم
بفسخ الكتابة ضمنا للعقد البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد ووجه الجواب
ان في تجويز البيع ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا ولو ابطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة
فيما يتضرر به المكاتب لا يصح هذا ما عليه جمهور الشراح في حل مراد المص بكلامه هنا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب
مرة في الكافي بان قيل قلنا ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر هذا المعنى لكلام المص هنا بقليل قال ويجوز ان يكون
بيانا لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه ما لا يتضرر به فان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت
انتهى اقول لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر وقال
بعض الفضلاء قول المص هنا جواب عندي عن قياس ابي ح نقل الكتابة المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول
على بيعها ومراده في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقا كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه اقول انت خبير بان القياس
الذي ذكره لم يقع من ابي ح قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي
يوسف نصف قيمتها مكاتبة الى قوله فالتردد بينهما يجب اقلهما قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا كاتب
الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا
عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من
نصف قيمته مكاتبا ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على
اعتبار الاداء فالتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولانه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف
درهم وقد تملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها الف درهم
وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا
اعتق احدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها
مكاتبة وعلى قياس محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب
العناية اقول هذا شرح فاسد وتحرير مختل اما اولا فلان قوله اذا كانت الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة
واحدة ثم اعتق احدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبا عند ابي يوسف موسرا كان او معسرا خبط
فاحش اذ قد صرح في عامة المعتبرات حتى الهداية نفسها فيما سيأتي بعد نصف صفحة بان قول ابي يوسف في تلك المسئلة
ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا ويستسعى العبد اذا كان معسرا بناء على انه ضمان
اعتاق فيختلف باليسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العناية في الاستدلال على قول ابي يوسف في تلك
المسئلة لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار اذ لا يشتبه على احد ان ضمان الاعتاق ضمان افساد
الملك لا ضمان التملك افلم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المص هنا لانه ضمان تملك فاما اذا اعتقها
احدهما او لو كان هنا ضمان افساد الملك واما ثانيا فلان قوله هنا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه

يدل على ان ماذكره فيما قبل باسره كان في حق المكاتب المشترك اذا اعتق احدهما نصيبه مع ان ما نقله عن شمس الائمة فيما قبل صريح في انه في حق المكاتبة المشتركة اذا تملكها احدهما بالاستيلاد واما ثالثا فلان تصرف القياس في كلام
المص هنا الى قول ابي يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول ابي يوسف يضمن
الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة وعلى هذا قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبة ومن نصف
ما بقي من البدل انتهى مع ان كلام المص في المقيس عليه وهو مسئلة الاعتاق على ما حكيا صريح في ان محمدا مع ابي يوسف
هناك في ان يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبا اذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البدل
فكيف يتم القياس على قول محمد حينئذ نعم يجوز ان يكون عن محمد روايتان في مسئلة اعتاق احد الشريكين المكاتب
المشترك بينهما احديهما ما ذكره المص فيما سياتي والاخرى ما يوافقه قياس ما ذكره في مسئلة الاستيلاد ويدل
عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتبرة كالكافي والبدايع فان المذكور فيهما في مسئلة الاعتاق على قول محمد هو الرواية
الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لكن كلامنا في عدم صحة كلام المص
نفسه لصرفه القياس الذي ذكره في لفظ الجامع الصغير هنا الى قولهما ثم اقول الوجه عندي ان يكون مراد
المص هنا ان قول ابي يوسف فيما نحن فيه من مسئلة الاستيلاد على قياس قوله في مسئلة الاعتاق واما قول محمد
فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة يرشد الى هذا المعنى قطعا اسلوب تحرير المص حيث قال في قياس قول ابي يوسف
وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثاني تدبر ترشد قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف
مع بقاء الكتابة وهنا ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه فلم يبق ملك المدبر فيها فلا يصح تدبيره
كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي ان يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتامل
انتهى اقول يمكن الفرق بان وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة
هو ان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما وهذا الوجه
يتمشى فيما اذا لم تبق الكتابة لان كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة واما بعد زوالها
فيصير ما اداه الى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن اداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فيتعين حق
شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتامل

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تاخير باب احكام هذه الاشياء ظاهر التناسب لان
هذه الاشياء متاخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان احكامها قوله والثلث هي المدة التي ضربت لابلاء
الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء قال صاحب العناية والمديون بالجر عطف على كامهال اقول
هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعا اذ لا شك ان المديون معطوف على الخصم والمعنى وكامهال المديون لاجل القضاء
قوله ولهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين
اقول فيه شيء وهو ان دليلهما هذا لا يتمشى في صورة ان عجز عن اداء اخر النجوم التي توافقا عليه بعد اداء

ادى سائر النجوم باسرها اذ لا يلزم حينئذ سوى اداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند ابهما لا يتعدد نجم فيكون اعجز عن
ادائهما بل يكون عليه حينئذ ان يؤدي نجما واحدا في ضعف مدته ولا ريب انه ايسر له كما قال ابو يوسف وقال بعض الفضلاء
فيه تامل فانه اذا كان لدين يقبضه او مال يقدم عليه لا يسلم هذه الشرطية انتهى اقول ان قوله هذه الشرطية
ليس بسديد اذ الظاهر ان من في قوله من عجز عن اداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون اعجز عن اداء نجمين خبران
وقوله لان فلا شرط ولا جزاء في الكلام حتى تكون الجملة شرطية قوله والاثار متعارضة فان المروي عن ابن
عمر رضي الله عنهما ان مكاتبة له عجزت عن اداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها هذا جواب عن استدلال
ابي يوسف باثر علي رضه بان الاثر المروي عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها
اي بالاثار للتعارض لان الاثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت فيصار الى ما بعدها من الحجة فبقي ما قالاه
من الدليل بان سبب الفسخ قد تحقق الى اخره سالما عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح اقول
فيه اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الاصول عند بيان انحصار
الادلة الشرعية في الاربعة من ان الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان هنا
ايضا حيث قال ان الاثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى وقد تقرر
في الاصول ايضا ان القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما افصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا
وما رويناه من حديث ابن عمر كالمروي عن النبي عليه السلام لان ما يقوله الصحابة من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدرك
بالقياس انتهى فاذا تعارضت الاثار فيما نحن فيه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر
في الاصول والفروع فكيف يتمشى ما قالاه من الدليل المعقول الذي هو راجع الى القياس حجة لهما في اثبات ما ذهبا
اليه في جواب هذه المسئلة فليتامل قوله وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه
وامامه في ذلك زيد بن ثابت ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فيبطل قال صاحب العناية
في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت واستدل
لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر بالموت والمقصود هنا كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء
بان قوله واستدل لذلك بالمعقول الى اخره لا يطابق المشروح لدلالته على انه استدل باثر زيد والمعقول
حيث قال المص ولان المقصود بالواو العاطفة انتهى اقول لم يطابق المشروح فان الواو في قوله
واستدل للعطف ايضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت كانه قال اخذ بقول زيد بن
ثابت واستدل لمدعاه بالمعقول ايضا كما ان قول المص ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وامامه
في ذلك زيد بن ثابت كانه قال لاثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الى اخره والعطف بحسب المعنى شائع
في كلام الثقات وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشروح
في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت

لاحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب
العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه
ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الى اخره بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة
ذلك للمشروح وهو اغفر هذا اياه وايضا ان الفاء في قوله فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على
الفطن الناظر في عبارة المشروح قوله بل اولى لان حقه اكد من حق المولى قال صاحب العناية قوله بل اولى يجوز
ان يكون جوابا عما يقال ليس موت الكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو الكاتب دون
العاقد وغير ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد هنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت الكاتب
ادعى من حيث المقتضى والمانع الى اخره اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان قول المص هنا انما هو لمجرد المبالغة
في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت الكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجويز كونه جوابا عما يقال من
طرف الخصم ليس موت الكاتب كموت العاقد لان العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو الكاتب دون العاقد لان
الجواب عنه انما يتصور بمنع كون الكاتب نفسه معقودا عليه وبيان ان المعقود عليه انما هو سلامة مالكية اليد
كما صرح به والمصنف لم يتعرض في كلامه هنا لمنع ذلك قط ولا لبيان ان المعقود عليه ماذا فلا مجال لان يكون كلامه
هنا جوابا عن ذلك السؤال لان بطلان العقد بهلاك المعقود عليه امر مجمع عليه لا يحتمل جوابه بكون الحاجة ادعى
الى بقائه بعد ان هلك المعقود عليه فلا يفيد المقدمات المذكورة هنا شيئا في دفع ذلك السؤال اصلا ثم ان لبعض الفضلاء
قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المص هنا جوابا عما ذكر بوجه آخر حيث قال هذا لا يخلو عن بعد بعد قوله لا يبطل
بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الاخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا ان يحمل على الكلام
التنزلي انتهى اقول ليس هذا بتام لان كون قوله لا يبطل بموت احد المتعاقدين فكذا بموت الاخر صريحا في عدم كون
المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال ان يكون المكاتب مع كونه احد المتعاقدين معقودا عليه ايضا لوقوع العقد على
نفسه لا يرى عالمي ان لهم في تصوير مسئلة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد اخر لمولاه وهو غائب بان يقول العبد
كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا
لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم ايضا والسؤال المذكور انما يتوجه من السابق بل يكون تعرضا له فلا احتياج
الى التنزل بل لا معنى له نظيره كل ذلك بالتامل الصادق قوله فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باسناد
سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كاداءه هذا اشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من الترديد بوجهين
ذهب الى كل واحد منهما جماعة من اصحابنا احدهما انه يعتق بعد الموت بان ينزل حيا تقديرا كما انزلنا الميت
حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا
في الثلث وكما قدرنا المولى حيا وما لكا ومعتقا في فصل موت المولى وثانيهما انه يعتق في آخر جزء من اجزاء
حيوته بان يستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويجعل اداء خلفه كاداءه بنفسه هذا زبدة

ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام ثم اقول من العجائب هنا ان صاحب الاصلاح والايضاح
بدل كلمة او في او يستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثناء تقرير تعليل ائمتنا في هذه المسئلة فينزل حيا تقديرا
ويستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت فقال في حاشيته على قوله ويستند الحرية هذا من
تمام التعليل فمن قال او يستند فقد اخطأ انتهى وفي القائل في حاشيته صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى
على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة ان المخطئ هو هنا المخطئ فان المقصود
من كلمة او هو الاشارة الى المسئلتين المختلفين المستقلين في اثبات قول ائمتنا في مسئلتنا
هذه فحق التعبير ان يذكر كلمة او دون كلمة الواو ولعل منشا غلط ذلك المخطئ المخطئ انه زعم
ان قول صاحب الهداية او يستند الحرية الى اخره معطوف على اول التعليل وهو قوله ولنا انه
عقد معاوضة فخطأه بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة او ولا ريب انه معطوف على
قوله فينزل حيا تقديرا وانه لا محذور في اتمام التعليل باحد الامرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة
قوله ولا سرى حكمه اليه لانفصاله قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى اقول الظاهر ان مراده بالبحث هو
انه لو لم يسر حكم عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابة ابيه وقد مر في اول فصل ولعله باب ما يجوز للمكاتب
ان يفعل انه اذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته وايضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق
عنده باداء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه اما سقوط وجهه الاول فلان دخول الولد المشترى
في كتابة ابيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل بجعل المكاتب
مكاتبا الولد باشترائه اياه تحقيقا للصلة بقدر الامكان كما ان الحر اذا اشترى ولده يصير معتقا له
بالاشتراء واما سقوط وجهه الثاني فلان عتق الولد المشترى عنده باداء بدل الكتابة حالا ليس
لاجل السراية ايضا بل لصيرورة المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد افصح عنه صاحب
الكافي حيث قال وكان ينبغي ان يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل صار كانه مات
عن وفاء انتهى فتبصر قوله وان مات المكاتب وله ولد من حرة الى اخره قال صاحب العناية
ذكر هذه المسئلة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى اقول هذا كلام لا حاصل له لان الفرق
متحقق بين كل مسئلتين والا لم تكونا مسئلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسئلتين اذا
ذكرنا يعرف الفرق بينهما فما وجه تخصيص علته ببيان الفرق بذكر هاتين المسئلتين فان قيل الفرق
بين هاتين المسئلتين خفي فكان بيانه اتم فيهما ولهذا اخص عليته بذكرهما قلنا خفاء الفرق
ايضا متحقق في كثير من المسئلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وايضا لو كان ذكرهما لمجرد بيان
الفرق بينهما لما استحقت واحدة منهما للذكر منفردة عن الاخرى ولا شك ان كل واحدة منهما مسئلة
بنفسها مقصودة بالذكر والبيان على ان الفرق بين مفهوميهما اي المسئلتين ظاهر غني عن البيان

اتمام

ان المحتاج الى البيان هو الفرق بين علتيهما وبيان الفرق بين علتيهما انما وقع في الهداية وهاتان
المسئلتان انفسهما مذكورتان في البداية ايضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق
بينهما بل كان لبيان حكمهما في انفسهما ونفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل قوله
لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه
يحتمل ان يعتق فيجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا قال صاحب العناية
في حل هذا المحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر شيئا لا يبطله اما انه يقرر حكم
الكتابة فلان الكتابة تستلزم الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم على وجه يحتمل ان يعتق
المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند
تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا اكذب الملاعن نفسه عاد النسب
اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه واما ان كل
ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه اقول في تقريره نوع اشكال
على طريقة اهل المعقول فان قوله وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت
اللازم ثبوت الملزوم لجواز ان يكون اللازم اعم من الملزوم ولا شك ان تحقق العام لا يستلزم
تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان ايجاب العقل على موالي الام يتحقق
في صورة اذ يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة اذ يبقى على كتابته فلا يتم التقريب ثم
اقول يمكن دفعه بان اللازم ههنا ليس مطلق ايجاب العقل على موالي الام بل ايجابه
عليهم على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب فيجر ولاء ابنه الى مواليه وايجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة
ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جر الولاء كما صرح به في المسئلة
الاتية ولكن يتوجه ههنا شيء وهو ان للمانع ان يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف
على ان لا يكون القضاء بموجب جناية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو اول المسئلة فلا يخلو التعليل
المذكور عن نوع المصادرة فتامل قوله وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى
لتبدل الملك وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة
كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى كان
للمكاتب ان يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى ان يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز ينعكس
الامر وليس هذا الا تبدل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث
قال بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا لا نسلم ان ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة
تبدل العين انتهى وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال قلت اول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان

انتهى

انتهى اقول ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من داب المناظرين غاية الامر ان
الثاني اقوى من الاول فلا يفيد قوله اول كلامه منع مجرد واما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد
اذ لا دعوى له في الثاني بل هو ايضا منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك ان يقال
ان منع التبدل مكابرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي بل هو عين التبدل وان منع كون مثل هذا التبدل
بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة
ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل اهل الشرع فلا مجال للمنع ثم قال صاحب العناية ولعل الاولى
ان يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلا انتهى ورد عليه الشارح العيني بانه ان لم
يكن له ملك يد فله ملك رقبة اقول هذا ايضا كلام لغو اذ ان يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي
تحقق التبدل بالنظر الى ملك اليد وهو كاف في كون ما ادى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما
صرح به والصواب في الرد عليه ههنا ان يقال هذا الذي ذكره في المآل عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح
وارتضاه هو النظر عليه مع ما في ذلك الجواب من المزية وهي الاشارة الى وجه اعتبارهم تبدل ملك اليد
دون بقاء ملك الرقبة بان ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهو التبدل
اولى من اعتبار حال المغلوب وهو البقاء فلا وجه لايراد النظر على ذلك الجواب وذكر هذا من عند نفسه
وادعاء انه اولى من ذلك قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ الى قوله
والاخذ لم يوجد من المولى لحصول الملك له فصار هذا كما لو اباح الفقير للغني والهاشمي ينبغي ان يطيب
لهما عنده اذ لا اخذ منهما كما لا يخفى انتهى اقول لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد
منهما الاخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث
اذ لا فرق في ايراث الخبث بين اخذ من احد واخذ من اخر اذا وجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى
فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه الاخذ لا من يد المتصدق وهو ظاهر ولا من يد العبد فان اكساب
ملك مولاه عند ابي يوسف قبل العجز لا ينتقل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يشير
اليه تشبيهه بابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة
فان قلت لا شك انه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما
في يده فبالعجز انتقل ذلك الملك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار
قلت ذلك الانتقال ضروري والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك اخذا ولو سلم ان يعد ذلك
اخذا فاللازم فيما نحن فيه عند ابي يوسف اخذ المولى ملك نفسه من يد عبده والذي كان سببا للخبث
انما هو اخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة الفقير للغني او الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك
وبين ما نحن فيه قوله ولنا ان المانع قابل الزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف

على القضاء او الرضا، قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متناقض فيه لان
مذهبه نقل ان جناية المكاتب تصير بالاولى في الحال من غير توقف على الرضا والقضاء فما وجه اخذه في الدليل
قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لامكان عود الموجب الاصلي انتهى كلامه اقول
فيه بحث اذ المانع ان يمنع ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال كيف وهذا التردد متحقق فيما
اذا عجز بعد القضاء ايضا مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز ان لا يمنع هنا ايضا كما
هو مذهب زفر وقول ابي يوسف اولا فمن اين يثبت الظهور ولو سلم ان مجرد التردد في زوال المانع يمنع
الانتقال في الحال لزم ان يكون قول المص ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركا بعد ان قال لان المانع
قابل للزوال للتردد اذ كان حقه ان يقول فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي
مسكة وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال ولما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب
الاصلي الا بالقضاء او الرضا،

كتاب الولاء

اورد كتاب الولاء عقيب
كتاب المكاتب لان الولاء من آثار التكاتب بزوال الملك الرقبة عند اداء بدل الكتابة وهي وان كان من آثار الاعتاق
ايضا الا ان موجبات ترتيب الكتب السابقة ساقت المكاتب الى هذا الموضع فوجب تأخير كتاب الولاء عن كتاب
المكاتب لئلا يتقدم الاثر على المؤثر ثم ان الولاء لغة مشتق من الولي وهو القرب وحصول الثاني بعد الاول من غير
فصل ويسمى ولاء العتاقة وولاء الموالاة لان حكمهما وهو الارث يقرب به يحصل عند وجود شرطه من غير فصل وقيل
الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتق وولاء الموالاة فالولاء شرعا عبارة
عن التناصر سواء كان بالاعتاق او بعقد الموالاة ولهذا قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما التناصر
كذا في النهاية ومعراج الدراية اقول فيه فتور اما اولا فلان الظاهر ان الولي معناه لكان المشتق
كما يشعر عنه قوله وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل فهو فيما نحن فيه صفة حكم ولاء العتاقة وولاء الموالاة لا صفة
انفسهما فكيف يحسن تسميتهما بما لا يقوم معنى ماخذ اشتقاقه بهما بل بما هو خارج عنهما وهو حكمهما واما ثانيا فلان
ما ذكر في المبسوط من المطلوب بكل واحد منهما التناصر انما يدل على كون التناصر غيرهما لا نفسهما اذ لا يخفى على الفطن
ان المطلوب بالشيء لا يكون نفسه بل يكون امرا مغايرا له اذ لا معنى لكون الشيء وسيلة الى نفسه فكيف يتم الاستشهاد
على كون ولاء العتاقة وولاء الموالاة في الشرع عبارة عن التناصر بان قال في المبسوط والمطلوب بكل واحد منهما
التناصر وقال في العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق من الولي وهو القرب
وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل انتهى اقول
فيه خلل لان الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمحبة بل يكون عبارة عن القرابة لان
الاشتقاق ان تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى بين الولي الذي معناه القرب
وبين الولاء بمعنى النصرة والمحبة وانما التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى

القرابة

القرابة ومن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال بينهما ولاء اي قرابة ومنه قوله عليه السلام
الولاء لحمة كلحمة النسب اي وصلة كوصلة النسب انتهى فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمحبة انما هو مشتق
من الولاية بالفتح بمعنى النصرة ومن هذا قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا
من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء والولاية بالفتح النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء
الموالاة انتهى وقال في التبيين هو من الولي بمعنى القرب فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق او الموالاة ثم قال
او من الولاة وهي مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا انه اختص في الشرع بولاء العتاقة
وولاء الموالاة انتهى فقد ظهر ان قول صاحب العناية الولاء في اللغة عبارة عن النصرة والمحبة وهو مشتق
من الولي وهو القرب خلط بين المعنيين واخلال بحق البيان قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح
حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له انما قيد بقوله في الصحيح احترازا عن قول اكثر اصحابنا فانهم يقولون
سببه الاعتاق ويستدلون بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق
عليه كان ولاؤه له ولا اعتاق هناك فالصحيح ان سببه العتق على ملكه الا يرى انه يقال ولاء العتاقة ولا يقال
ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه واما قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فالمراد به ان الولاء بسبب العتق
لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زبدة ما في جملة الشروح هنا وقال في البدائع
اما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق او ما يجري مجرى الاعتاق شرعا كشراء
القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية او بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء اعتقه تطوعا او عن واجب عليه
كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل وهو العتق على
على مال وسواء كان منجزا او معلقا بشرط او مضافا الى وقت وسواء كان صريحا او ما يجري مجرى الصريح او كناية او ما يجري مجرى
الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق من غير فصل الى آخر ما في
البدائع اقول كون الحديث المذكور اصلا في حق الصور المزبورة كلها محل نظر فان في صورة ان كان العتق حاصلا
بغير صنعه كما اذا ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله عليه السلام الولاء لمن اعتق فليتامل في الدفع
قوله والمعنى فيهما التناصر قال صاحب العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي انتهى
اقول فيه بحث اذ ليس مفهومهما الشرعي مطلق التناصر بل تناصر يوجب الارث والعقل كما صرح به الشارح
المزبور وغيره وبهذا الخصوص يمتاز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد المص
بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما اطلق التناصر بل خصصه بما هو معتبر في مفهومهما الشرعي على انه
لو كان مراده بيان مفهومهما لغويا كان او شرعيا لقال ومعناهما التناصر ونحو ذلك يقول والمعنى فيهما التناصر
دون ان يقول والمعنى فيهما التناصر كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام والحق ان مراد المص بقوله المذكور
بيان ان المقصود منهما لا بيان مفهومهما ومن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المص والمعنى فيهما التناصر والمطلوب

يحل بينهما التناصر كما قال في المبسوط ايضا كذلك على ما مر تدبر ترشد **قوله** واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه
له لقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان الحكم اذا ترتب دل على ان المشتق منه
علة لذلك الحكم انتهى اقول لا يذهب عليك ان حل هذا المحل بهذا الوجه ليس بسديد اذ لا شك ان المطلق
بهذه المسئلة بيان سبب الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذكور انما يفيد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب
والصواب ان وجه الاستدلال هنا هو ان لام الجنس في قوله عليه السلام الولاء ولام الاختصاص في قوله
لمن اعتق تدلان على ان جنس الولاء لمن اعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلام الجنس ولام الاختصاص
على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل
العتق سببا لان اعتق مشتق من الاعتاق فالجواب ان الاصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق
انتهى كلامه اقول في جوابه نظر لان كون مصدر الثلاثي اصلا في الاشتقاق لا يستدعي كونه اصلا في
العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما فيما نحن فيه فان كثيرا من مصادر المزيدات يصلح علة
لما لا يصلح له مصادر الثلاثي الا يرى ان الاعتاق مثلا يكون علة للعتق ولا ريب ان العتق لا يكون
لنفسه الى غير ذلك من الصور ومدار السؤال على العلية فلا يتم الجواب المزبور **قوله** ولان التناصر
فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد قال صاحب العناية في شرح
هذا المقام قوله ولان التناصر به اي بسبب الاعتاق دليل على الاثر الثابت به وهو العقل والميراث
وتقديره المولى ينتصر بولاه بسبب العتق ومن ينتصر بشخص يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم
عقله والمولى احياه معنى بازالة الرق عنه لان الرقيق هالك حكما الا ترى انه لا يثبت في حقه كثير من الاحكام
التي تتعلق بالاحياء من القضاء والشهادة والسعي الى الجمعة والخروج الى العيدين واشباه ذلك وبالاعتاق
تثبت هذه الاحكام في حقه فكان احياه معنى ومن احيا غيره معنى فورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد
يوجب الارث فكذلك الولاء انتهى كلامه اقول في اوائل تقريره الدليل خلل لانه اعتبر النصر في جانب
المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في سياق كلامه
سيما في قوله فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والظاهر ان الامر بالعكس اذ المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق
بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك اياه فهو الغانم وايضا قد استدل على ان من ينتصر بشخص
يعقله بان الغنم بالغرم وليس بصحيح لانه ان رجع ضمير الفاعل المستتر في يعقله الى من ينتصر كما هو الظاهر
من سوق كلامه لم يصح في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور اما عدم صحة المدعى في نفسه فلان
العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه واما عدم مطابقة الدليل المذكور اياه فلان المدعى
ح وجوب العقل الذي هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفيد عكس ذلك فالدليل المطابق
له عكس ما ذكر والغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث وصرح في هذا الكتاب ايضا في باب النفقة

من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور اصلا لان الغانم هو المنتصر
بشخص والغارم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بان الغنم بالغرم اذ لا شك
ان غنم شخص لا يصير سببا لغرم شخص آخر ولا العكس ثم اقول والصواب ان مراد المص بقوله ولان التناصر به فيعقله
هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه فيعقله اي فيعقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء
على ان مدار العقل انما يكون التناصر كما تقرر في كتاب المعاقل حيث صرحوا فيه بان وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون
غيرهم هو ان الجاني انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم
اليه **قوله** ولان الغنم بالغرم قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم يحتمل الوجهين فلهذا اخره انتهى
اقول يريد بالوجهين العقل والارث لكنه منظور فيه اما اولا فلما نبهنا عليه فيما مر آنفا من ان الدليل على
ان يعقل المعتق انما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور هنا هو الثاني فكيف يحتمل الوجه الاول
واما ثانيا فلانه جعل قول المص فيما قبل ولان التناصر به فيعقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف
ينتظم ح واو العطف في قول المص ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين
المعطوف والمعطوف عليه على انا لو جعلنا قول المص ولان الغنم بالغرم دليلا على الوجهين معا الى المعنى
الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فادى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المص
ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد احياه معنى
بازالة الرق فكانه قال لانه احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ولان الغنم بالغرم فحيث يغرم عقله
يرث ماله كما ان قوله فيما سياتي وقد مر معتق لابنه جر والى الاخ معطوف على قوله لما روينا معنى كما صرح به
الشارح المزبور وغيره هناك ونظائر هذا اكثر من ان تحصى **قوله** واذا تزوج عبد رجل امة لاخر فاعتق
مولى الامة الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا هذا
لفظ القدوري قال المص في تعليله لانه عتق على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا
وقال الشارح انما صار الحمل معتقا مقصودا لان المولى قصد اعتاق الام والقصد اليها بالاعتاق قصد
الى جميع اجزائها والحمل جزء منها فصار معتقا مقصودا انتهى اقول يرى المخالفة بين ما ذكر ها
هنا وبين ما ذكره المص في كتاب العتاق فانه قال هناك واذا اعتق حاملا عتق حملها تبعا لها اذ هو متصل
بها انتهى والظاهر منه انه يصير الحمل معتقا تبعا البتة لا مقصودا فليتامل في التوفيق **قوله** فان
اعتق الاب جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الام الى موالي الاب قال في الكافي فان قيل الولاء كالنسب لا يحتمل
الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب ان لا ينفسخ بعد ثبوته قلنا لا ينفسخ ولكن حدث ولاء اولى منه
فيقدم عليه كما نقول في الاخ انه عصبة فاذا حدث من هو اولى منه في الارث لا يبطل تعصيبه ولكن يقدم
عليه انتهى وكذا في غاية البيان ايضا هذا السؤال والجواب نقلا عن الشيخ ابي نصر اقول في الجواب

اشكال وهو انه لولم ينفسخ الولاء بل يقدم عليه ولاء اولى منه فيما اورث لزم ان يرث موالي الام عند انقطاع موالي
الاب بعد الانتقال الولاء عن مواليها الى مواليه كما هو الحال في العصبة الادنى عند انقطاع العصبة الاولى منه
كالاخ عند عدم الابن والاب ولم يرو وعن احد ان يرث موالي الام بالولاء بعد ان انتقل عنهم الولاء بالجر قوله
بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق الى
اخره قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المص هذا الخ يتعلق بقوله فاذا صار اصلا عاد الولاء اليه يعني اذا
ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ثم عتق الاب يجر ولاء ابنه من موالي الام الى موالي نفسه بخلاف ما اذا
ولدت الامة المعتدة عن موت او طلاق حيث لا يجر ولاء ابنه الى موالي نفسه وان كانت الولادة بعد عتقها
لاكثر من ستة اشهر بل يكون ولاء الولد لموالي امه فان اعتق الاب لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت لاستحالته
من الميت والى ما بعد الطلاق اما اذا كان بائنا فلحرمة الوطي بعده واما اذا كان رجعيا فلئلا يصير مراجعا بالشك
فاستند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتاق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وادعى صاحب العناية
ايضا هذا المعنى ولكن بطريق النقض في الجواب حيث قال ونوقض قوله فاذا صار اصلا عاد الولاء بما اذا عتقت
المعتدة على موت بان كانت الامة امرأة مكاتب فمات عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت
بولد لاقل من سنتين من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام لم ينتقل عنهم وان عتق
الاب والجواب ان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق للاب اهلية لتعذر اضافة العلوق
الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لحرمة الوطي وكذلك بعد الطلاق الرجعي لانه يصير
مراجعا بالشك لانه اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة
لثبوت النسب واحتمل ان لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعده كما استند الى حالة
النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم انتهى
كلامه اقول مدار كلامهم كلهم على ان يكون قول المص بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت او طلاق الى اخره
متعلقا بقوله فاذا صار اصلا عاد الولاء اليه لكنه محل بحث فان العود انما يتصور فيما اذا ثبت الولاء اولا لموالي
الام ثم انتقل الى موالي الاب بصيرورته اصلا وهذا انما يتحقق فيما اذا تقدم عتق الام على عتق الاب ولا يخفى
ان عتق الاب متقدم على عتق الام في صورة ان عتقت المعتدة عن موت اذ لا مجال لاحداث العتق في الميت
فلا يتصور في هاتيك الصورة العود اصلا فلا يتوهم بها النقض راسا على قوله فاذا صار اصلا عاد الولاء اليه
حتى يحتاج الى دفعه بقوله بخلاف ما اذا اعتقت عن موت وبالجملة لا مساس لتلك الصورة اصلا بمسئلة
انتقال الولاء بالجر بخلاف الصورة الثانية وهي ما اذا عتقت المعتدة عن طلاق فانه يجوز هناك ان يقع
عتق الاب بعد عتق الام فتصير مظنة النقض بها على مسئلة جر الولاء فيحسن تداركه دفعه فان قلت قد تدارك
صاحب العناية ربط الصورة الاولى ايضا بما عني فيه حيث قال في تصويرها بان كانت الامة امرأة مكاتب

فمات

فمات عن وفاء فادى الى تاخر عتق الاب عن عتق الام قلت لا يتيسر التاخر فيها ايضا اذ قد مر في كتاب المكاتب
ان في المكاتب الذي مات عن وفاء قولين عن اصحابنا احدهما مذهب الجمهور وهو انه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته
فعلى هذا يتعين تقدم عتق الاب على عتق الام فيما صوره ايضا وثانيهما مذهب البعض وهو انه يعتق بعد الموت
وذلك بان ينزل حيا تقديرا في حق الاداء كما ينزل الميت حيا في حق التجهيز والتكفين فعلى هذا ان اللازم فيما صوره
اعتبار عتقه عن عتقها اللهم الا ان يفرض تحقق الاداء عما تركه المكاتب وفاء بعد ما اعتقت امرأته وتعتبر عتقه
حين تحقق الاداء بعد الموت على مذهب البعض فتامل قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك معنى لانه
لا يملك شيئا ولان الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي قال الله تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه
فصار هذا الولد كانه لا اب له فينسب الى موالي الام ضرورة كذا في الشروح اقول ههنا شيء وهو
انه ان كان المراد بكون العبد هالكا معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق اثر الكفر والكفر
موت حكمي يرد عليه ان مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لمواليه بل انما يظهر اثر الولاء لهم بعد موته
اذ عند حيوته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب
كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كانه لا اب له يتجه عليه انه يلزم ح ان لا يرث من هذا الولد من
ينتمي اليه بابيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير ان يبقى ابوه ذلك عبدا لكونه في حكم مجهول النسب
على الفرض المزبور والظاهر ان الامر ليس كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض ان المحروم عن الميراث كالكافر والرقيق
لا يحجب من هو ابعد منه عند ائمتنا جميعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا ان يقال بخلاف ما اذا كان
الاب عبدا لانه لا اهلية له لرقه كالميت فلم يحصل الاهلية له بزوال رقه فلا يثبت الولاء لاجله ولا لمواليه سواء كان
حيا او ميتا فتدبر قوله ولنا ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب
في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف
اقول لقائل ان يقول ظاهر هذا التعليل يقتضي ان يكون موالي الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على
العصبات النسبية لاولادها بل على اصحاب الفرائض لهم ايضا اذ لا شك ان استحقاق كل من العصبات النسبية واصحاب
الفرائض بالقرابة النسبية وان كان النسب في حق العجم في الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة
او جهة الفرض موالي العتاقة لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح ان يعارض ولاء العتاقة
يعارض لا يعارضها احد من العجم في الارث بجهة نسبه سواء كانت تلك الجهة جهة العصوبة او جهة الفرض موالي العتاقة
لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع ان المسئلة في الارث ليست كذلك اذ قد تقرر في كتب الفرائض
وسيجيء في نفس هذا الكتاب ايضا ان موالي العتاقة مطلقا متاخرون في الارث عن اصحاب الفرائض وعن العصبات
النسبية وانما يقدمون على ذوي الارحام فليتامل في التوجيه

فصل في ولاء الموالاة

اخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة اقوى لانه غير قابل للتحول والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة

فان للمولى فيه ان ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحكمي ولا يوجد في ولاء الموالاة احيا
اصلا ولان ولاء العتاقة متفق عليه ثم انه سبب للارث وانه مقدم على ذوي الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان
الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الا ولاء العتاقة وبه اخذ الشافعي رحمه الله كذا وجد ثم ان معنى مطلق الولاء
لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيرها هو ان يسلم رجل على يد
رجل فيقول للذي اسلم على يديه او لغيره والشكل على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك
وقبل الاخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلث شرائط احدها ان يكون مجهول النسب بان لا ينسب
الى غيره اما نسبة غيره اليه فغير مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة مع احد قد عقل
عنه والثالثة ان لا يكون عربيا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان الشرطين الاولين تغني عن الشرط
الثالثة اذ لا جهالة في نسب العرب فيغني باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط ان لا يكون عربيا الا
ان يكون ذكر الثالثة استقلالا في قبل التصريح بما علم التزاما واما ثانيا فلانه لا فائدة في حصر شرائط الولاء
في هذه الثلث كما هو المتبادر من ذكر العدد في امثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه ايضا شرط الارث
والعقل كما ذكر في الكتاب وصرح به صاحب الكافي ايضا حيث قال وانما يصح ولاء الموالاة بشرائط منها ان
يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية ايضا حيث شرائط وعد منها ان يشترط الارث والعقل
وان لم يرد حصر شرائطه في هذه الثلث يكون تخصيص هذه الثلث بالذكر خاليا عن العائدة ويكون ذكر العدد
عبثا ولا يكون للسؤال والجواب الذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على
ارادة الحصر والا لا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج الى الجواب عنه اصلا وقال في العناية فان قيل
من شرط العقد عقل الاعلى وحريته فان موالاة الصبي والعبد باطلة فكيف جعل الشرائط ثلثا اجيب
بان المذكورة انما هي الشرائط العامة المحتاج اليها في كل واحد من الصور واما ما ذكرت فانما هو نادر فلم يذكر
انتهى اقول لا صحة لهذا الجواب جدا فان عقل الاعلى وحريته ايضا من الشرائط العامة المحتاج اليها
في كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك ان عقد الموالاة لا يتحقق بدون المتعاقدين في شيء من الصور اذ لا يتصور
الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد اصلا بغير اذن مولاه وان اذن له مولاه في
القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه في المبسوط وغيره فلا معنى لقوله واما ما ذكرت
فانما هو نادر فلم يذكر ثم ان في تقرير السؤال ايضا خللا فان تقييد العقل بعقل الاعلى في قوله من شرط العقد
عقل الاعلى مما لا وجه له لان عقل الاسفل ايضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كما لا يتصور
القبول بدونه وقد افصح عنه صاحب البدائع حيث قال واما شرائط عقد الموالاة فمنها عقل العاقد اذ لا
صحة للايجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الاعلى في قوله وحريته
مما لا وجه له اذ حرية الاسفل ايضا شرط بل هي اظهر اشتراطا من حرية الاعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد

عقد الموالاة وكذا اذن له مولاه في ذلك يجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وايضا لا وجه
لترك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع
مع ان قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطلة اوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل
فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقل بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى قوله ولا بد من شرط
الارث والعقل كما ذكر في الكتاب اشارة الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه على ان يرثه
ويعقل عنه وقد مر من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال
قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم النخعي اذا اسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه
وله ان يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول الى غيره وهذا قول ابي ح وابي يوسف ومحمد
هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على ان شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل بمجرد العقد كان
بان يقول احدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد
صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التحفة في تفسير عقد
الموالاة ان من اسلم على يد رجل وقال له انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الاخر قبلت فينعقد
بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي اسلم على يديه الى هنا لفظ
التحفة انتهى كلام صاحب الغاية اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط
الارث والعقل في صحة عقد الموالاة اما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز ان يكون عدم وقوع
التصريح باشتراطهما هناك بناء على ظهور تضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه في قوله اذا اسلم الرجل
على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذكر ذلك فلا يدل على ان مجرد ان يقول احدهما واليتك والاخر قبلت كاف في تمام عقد
الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرطا لصحة العقد كما لا يخفى
واما قول القدوري في مختصره او اسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك ان مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان
ان الاسلام على يده ليس بشرط في صحة عقد الموالاة لا ان ذكر الارث والعقل ليس بشرط فيها واما قول صاحب
التحفة فلانه محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والاخر قبلت ويجوز
ان يكون مراده بذلك وكذلك اذا قال واليتك بدل قوله انت مولاي فقط لا بدل المجموع قوله انت مولاي
ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير
عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك اذ يجوز ان يكون عدم التصريح به بناء على
ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال الا يرى ان لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب
وكونه غير معتق وكونه غير عربي وغير ذلك مع انهم لم يصرحوا بشيء من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان
صورته قوله الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل قصدا او نرده عليه بانه سبب

اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه اذا كان نقد من
مال الموكل على بائعه في الوكالة فما معنى اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الاعلى والاسفل واجيب عنه بوجهين
احدهما ان سبب الاشتراط ههنا هو السبب هنالك وهو دفع الضرر فان العقد كان بينهما وفي تفرد احدهما بالزام الفسخ على الآخر
بدون علمه ونفس الزام احدهما حكم الفسخ على الآخر بدون علمه ضرر لا محالة لان فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ عقد لا
وفيه ابطال فعله فلا يجوز بدون العلم كذا في الشروح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في
المبسوط وقصر صاحب العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره ايضا اقول هذا الوجه محل الكلام فان
كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضررا امر ظاهر لما ذكر من ان فيه ابطال فعل العاقل البالغ واما مدخلية عدم علم الآخر
بذلك الالزام في كونه ضررا فغير ظاهرة اذ على تقدير علم الآخر به ليس له قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال
كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بلا ريب فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم ايضا بالضرورة والظاهر
ان علم الانسان بالامر الذي يكرهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئا فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ
هنا على حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الا ان يقال دفع الضرر وان لم يتعين ههنا كما تعين
في صورة العزل عن الوكالة الا انه مما يحتمل بان رضاء الآخر بالبر والمجاناة لكن فيه ما فيه فتأمل وثانيهما ان فسخ
احدهما هذا العقد بغير محضر من صاحبه يتضمن اضرارا بصاحبه اما اذا كان الفسخ من الاسفل فلانه ربما يموت
الاسفل فيحسب الاعلى ان ماله صار ميراثا له فيتصرف فيه فيصير مضمونا عليه واما اذا كان الفسخ من الاعلى فلان الاسفل
ربما يعتق عبيدا على حسبان ان عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الاعلى عند العقل على الاسفل بدون علمه فيتضرر كذا
في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الذخيرة اقول هذا الوجه في الجواب هو الصواب لان حاصله ان
في الفسخ بدون علم صاحبه ضرر الاغترار وفي الاعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريبة هنا معقول المعنى قوله
لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قيل عليه لما ذا جعل صحة العقد مع الثاني موجبة فسخ العقد الاول
واجيب بان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من غيره فكذلك الولاء فعرفنا ان من
ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول كذا في عامة الشروح والكافي وعزاه في النهاية ومعراج
الدراية الى المبسوط اقول في الجواب بحث من وجهين الاول ان قولهم والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور
ثبوته من غيره ممنوع فانه اذا كانت الامة بين شريكين فجاءت بولد فادعياه ثبت نسبه منهما عندنا كما عرف في باب
الاستيلاد من كتاب العتاق مدللا وشروحها والثاني ان قياس الولاء على النسب يقتضي ان لا يصح عقد الولاء مع
الثاني بعد ان يقع مع الاول اذ النسب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينبغي ان يكون الولاء كذلك
فمقتضى القياس في هذا بين يتصور الاستدلال بصحة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول ثم اقول
يمكن ان يجاب عن الاول بان المراد ان النسب ما دام ثابتا من انسان اولا لا يتصور ثبوته من غيره ثانيا وثبوت نسب
ولد الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياه معا واما اذا ادعاه احدهما اولا والآخر ثانيا فانما

يثبت

يثبت نسبه من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاد من كتاب العتاق وعن الثاني بان القياس مخرج
عن صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال
من احدهما الى الآخر فانه امر آخر ناش من كون الثابت لازما وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب في
هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل

كتاب الاكراه

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر ولاء العتاقة لمناسبة المكاتب وذكر ولاء الموالاة لولاء العتاقة اورد
ايراد الاكراه عقيب ولاء الموالاة لمناسبة ان في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان ولاء الموالاة
يغير حال المخاطب الذي هو المولى الاعلى من حرمة تناول مال المولى الاسفل بعد موته الى الحل بالارث فكذلك
الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكره من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة
عن حمل الانسان على شيء يكرهه يقال اكرهت فلانا اكراها اي حملته على امر يكرهه واما في اصطلاح الفقهاء
فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره من غير ان ينعدم
به الاهلية في حق المكره او يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب الا يرى انه متردد
بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم مرة ويؤجر اخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه
فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الوافي انه عبارة
عن تهديد القادر غيره على ما هدده بمكروه على امر بحيث ينتفي به الرضاء كذا في النهاية ومعراج الدراية
وقال في النهاية ولكل ان تختار من هذه الثلث ايها شئت قلت وقد اختار المص عبارة المبسوط كما ترى
وسيجيء ما يتعلق بتفسيرها واما شرطه وحكمه فيأتي في الكتاب في اثناء المسائل قوله لان الاكراه
اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته قال صاحب العناية
وتفسيره ان يحمل المرء غيره على المباشرة حملا ينتفي به رضاه وهو اعم من ان يكون مع فساد اختياره او
مع عدمه وهو اشارة الى نوعي الاكراه او يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضاء ومن شأنه
الى القسم الآخر لكن لا بد من تعديله في او يفسد به اختياره فكذلك انواع الاكراه الثلثة ومرجعه
اصول الفقه انتهى كلامه اقول قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المص هنا عن سنن الحق
وسلك مسلكا لا يرتضيه احد من ذوي الالباب وان شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو
عليك من الكلام فاعلم ان الشائع المذكور في عامة الكتب من الاصول والفروع هو ان الاكراه نوعان نوع
يعدم الرضاء ويفسد الاختيار وذلك بان يكون بقتل او بقطع عضو وهو الاكراه الملجئ ونوع
يعدم الرضاء ولا يفسد الاختيار وذلك بان يكون بضرب او بقيد او بحبس وهو الاكراه الغير الملجئ
وكل منهما لا ينافي الاهلية ولا الخطاب واما فخر الاسلام البزدوي فقال في اصوله الاكراه ثلثة انواع
نوع يعدم الرضى ويفسد الاختيار وهو الملجئ ونوع يعدم الرضاء ولا يفسد الاختيار وهو الذي لا يلجئ

و نوع آخر لا يعدم الرضى وهو ان يهتم بحبس ابيه او ولده او ما يجري مجراه والاكراه بجملته لا ينافي اهليته ولا
يوجب وضع الخطاب بالتحقيق قال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من اصول فخر الاسلام الاكراه حمل الغير على امر يكرهه
ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه ويدخل في هذا التعريف الاقسام الثلثة المذكورة في الكتاب قال شمس الائمة هو اسم
لفعل يفعله الانسان بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذي ذكره في الكتاب
وكان لم يجعله من اقسام الاكراه لعدم ترتب احكامه عليه انتهى كلام صاحب الكشف اذا عرفت هذا فنقول كان ما ذكره
المص هنا من معنى الاكراه هو ما ذكره شمس الائمة في المبسوط بعينه وان القسم الثالث من الاقسام الثلثة المذكورة في
اصول فخر الاسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وانما هو داخل في معنى الاكراه لغة كما اشار اليه صاحب
الكشف وان وجه عدم دخال ذلك القسم في المعنى الاكراه شرعا عدم ترتب احكام الاكراه فان الاكراه في عرف الشرع ما ترتب
عليه احكامه والكشف عندك ايضا سر ما وقع في عامة الكتب من تنويع الاكراه الى نوعين فقط فان المقصود بالبيان في كتب
الشرع احوال الاكراه الذي يترتب عليه الحكم الشرعي ثم ان ما ذكره صاحب العناية في تفسير ما ذكره المص هنا مع كونه خلاف
ما هو الواقع كما عرفت غير صحيح في نفسه اما اولا فلانه جعل قول المص فينتفي به رضاه اعم من ان يكون مع فساد اختيار
او مع عدمه مع ان مقابلة قوله او يفسد به رضاه تمنعه قطعا واما ثانيا فلانه قال ان قول المص او يفسد به
اختياره يستلزم نفي عدم الرضاء ولا معنى له لانه ان اراد انه بحسب ظاهره اي بدون تقدير شيء آخر يستلزم ذلك
فليس كذلك قطعا لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضاء لا نفي عدمه وهو ثبوت الرضاء وان اراد انه
اذا اخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك ايضا اذ بتقدير لا يصير المعنى او لا
يفسد به اختياره وذلك بان يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار لا يستلزم نفي عدم الرضاء وهو
ثبوت الرضاء لجواز ان يصح الاختيار مع انعدام الرضاء كما في النوع الغير الملجي من نوعي الاكراه على ما مر واما ثالثا
فلانه قال وهو اشارة الى القسم الاخر لكن لا بد من تقدير لا في او يفسد باختياره وهو ايضا مختل لان
هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جدا سيما في مقام التعريف لا يجدي ما ذكره من كون مقصود المص
الاشارة الى الانواع الثلثة للاكراه لان نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي
الرضاء بل يتحقق مع عدم الرضاء ايضا كما عرفت آنفا فلا يحصل الاشارة بقوله او يفسد به الاختيار على
تقدير كلمة لا فيه الى القسم الثالث من الاكراه لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم
الا ان يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضى في المقابل فيخرج القسم الثاني
من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذي مسكة ان المعنى الذي نسبه الشارح المزبور هنا الى المص كان يحصل
بان يقول بدل قوله او يفسد باختياره او لا بعضه ولا ينتفي به رضاه فهل يجوز العاقل مثل المص
ان يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالي عن التمحلات باسرها لو اراد افادة ذلك المعنى الذي نسبه الشارح
اليه ويختار هذا اللفظ الاطول المشتمل على تمحلات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان رتبة المص

بعض

بعض عن مثل ذلك فالحق ان مراده بقوله فينتفي به رضاه ان ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقرينة مقابلته
قوله او يفسد به اختياره فان العام اذا قوبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات
والصلوة الوسطى فكان قوله فينتفي به رضاه اشارة الى احد نوعي الاكراه وهو غير الملجي وقوله او يفسد به اختياره
اشارة الى النوع الاخر منهما وهو الملجي فانتظم كلامه من غير كلفة اصلا وانطبق لما في عامة الكتب قوله
والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضاء اذ بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس المديد وهذا مع كونه
المراد منه لا يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المص بهذه الاشياء يعني بالبيع واخواته
ولم يدر ان البيع واخواته من المكره عليه لا من المكره به وهذا نظير ما له من سقطاته في كتابه هذا قوله
بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه
اقول يرد على ظاهر هذا التحرير ان اخر الكلام يناقض اوله فانه قال في اوله بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط
او حبس يوم او قيد يوم فدل ذلك على تحقق الاكراه في هذه الصور ايضا والا لما قال بخلاف ما اذا اكره بل كان
ينبغي ان يقول بخلاف ما اذا ضرب بسوط او حبس يوما او قيد يوما وقال في اخره فلا يتحقق به الاكراه وهذا
صريح في عدم تحقق الاكراه في هاتيك الصور فتناقضا والجواب ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا اكره معناه
اللغوي وهو حمل الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور والذي نفاه في اخر الكلام
انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي يترتب عليه احكامه فلا تناقض وكان نقول التعبير بالاكراه
في قوله بخلاف ما اذا اكره للمشاكلة كما في قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا اعلم ما في نفسك فح لا يكون لفظ الاكراه هناك
حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل يصير مجازا فلا تناقض اصلا قوله وكذا الاقرار حجة الى اخره قال في النهاية و
العناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضاء فتفسد به الاقرار
ايضا يفسد بالاكراه بهذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح جنبة الصدق
وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة انتهى اقول الظاهر ضعفه اذ قوله وكذا
الاقرار حجة الى اخره معطوف على قوله لان هذه شرط صحة هذه العقود التراضي الى قوله فتفسد لا على قوله
والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضاء فتفسد لان قوله والاكراه بهذه الاشياء بعدم الرضاء بعض الدليل
بمنزلة الكبرى من الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الى اخره على تلك المقدمة من الدليل
يقتضي المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل في فساد
الاقرار بالاكراه غير مستند بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه التقرير المذكور في النهاية والعناية
فالوجه ان يكون معطوفا على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرنا كلما
تدبر ترشد قوله ومنهم من جعله بالهزل اعتبارا بالهازل قال بعض الفضلاء ولا يخفى على من يعرف
معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكلم هازلا انتهى اقول لم يقل من جعله بالهزل ان المتكلم

وانما تعرض لبيان سقطاته في
امثال هذا المقام لفائدة ان ينتفع
[illegible]

هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل بل حاله انه كالهازل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد
معنى البيع والا فلا شك ان من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة ان يجري المواضعة قبل العقد بان يقال نحن نتكلم
بلفظ العقد هازلا كما تقرر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك الشرط قطعا ويرشد الى كون
المراد ما ذكرناه قوله اعتبارا بالهازل فان معناه قياسا على الهازل ولا يجري القياس الا فيما يتصور بين
الشيئين المتغايرين بحسب الذات المشترك في العلة **فصل** قال اكثر الشراح لما ذكر حكم
الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد
مقدم لحاجته انتهى اقول فيه كلام وهو انه قد ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق
العباد ايضا كما في مسئلة الاكراه على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه
وكما في مسئلة الاكراه بقتل على قتل غيره فلم يتم ما ذكروه بالنظر الى مثل ذلك فالاشبه ما ذكره صاحب الغاية
البيان حيث قال انما فصل بفصل لان ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك
لانها محظورة قبل الاكراه في حالة السعة **قوله** حتى خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح
ذلك اقول في قوله يباح له ذلك اشكال فان المباح ما استوى طرفاه فعله وتركه كما تقرر في علم
الاصول وفيما نحن فيه اذا خيف على النفس او على العضو كان طرف الفعل راجحا بل فرضا كما صرح به في كتب
الاصول فاطلاق المباح على ذلك مع كونه منافيا لما تقرر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به
في كتب الاصول من كون ذلك فرضا فتامل **قوله** ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى اوقع
به ولم ياكل فهو آثم قال في الغاية فان قيل اضافة الاسم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو
فاسد فالجواب ان المباح انما يجوز تركه والاتيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب قتل النفس المحرم
فصار الترك حراما لان ما افضى الى الحرام حرام انتهى اقول في الجواب بحث لانه ان اراد به ان المباح
ههنا حال كونه مباحا صار تركه حراما لافضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفاه فعله
وتركه وما صار طرف تركه حراما لا يستوي طرفاه قطعا فلو صار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء
الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان اريد به ان ما كان مباحا في حالة قد يصير
تركه حراما في حالة اخرى لعلة تقتضي ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم لكن ما نحن فيه ليس من هذا القبيل لان
نحو اكل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به ولا شك
ان صيرورة تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار ايضا اذ في حالة الاختيار يصير تركه واجبا قطعا فلزم ان
يجتمع اباحته وحرمة تركه في حالة واحدة فلم يتصور الانقلاب من الاباحة الى الوجوب بحسب الحالتين
فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الاباحة الاصلية حيث لم يتناوله النص
المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستلزمة لعدم استواء الطرفين انما هو

اقتضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم او الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء الطرفين
وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لانا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقضان قطعا فيستحيل
اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين ونظير هذا
ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما استدلوا على ان الواحد بالشخص
لا يعلل بعلتين مستقلتين بانه لو علل بهما لكان محتاجا الى كل واحدة منهما ومستغنيا عن كل واحدة
منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحدة منهما هو علية له ومنشأ الاستغناء
عنها علية الاخرى له فلا استحالة في اجتماعهما لانا نقول احتياج الشيء الى امر في وجوده وعدم احتياجه
اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستندين الى سبب واحد او الى سببين انتهى كلامه فقد
ظهر بما قررناه ما في كلام بعض الفضلاء ايضا في هذا المقام فلينظر اليه وليتأمل فيه **قوله** الا اذا كان
آثما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي
ان لا يأثم اذ الانسان لا يأثم بترك المباح فاجاب عنه بانه يأثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف
لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة
سليمة ان كلام المصنف هذا لا يصلح ان يكون جوابا عن ذلك الاشكال اذ لا مدخل للعلم في انه لا يأثم الانسان
بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا يأثم الانسان بتركه وان علم اباحته بل العلم باباحته
يكشف عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة
عما يقال اذا ثبتت اباحته ينبغي ان لا يأثم الانسان لانه لا يأثم بترك المباح فالوجه ان قول المصنف هذا انما
هو لبيان ان الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلتنا هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم
بالاباحة في هذه الحالة واما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في امثال
هذا بناء على الخفاء **قوله** فقال فان عادوا فعد قال جمهور الشراح معنى قوله عليه السلام
فان عادوا فعد ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمأنينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمأنينة
جميعا كما زعم البعض لان ادنى درجات الامر الاباحة فيلزم ان يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس
كذلك لانه لا ينكشف حرمته اصلا انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام
واعترض عليه بعض الفضلاء بان قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي
في اول كتاب الطلاق منه الكافي الامر بشيء لا ينفي الحظر فان المخلع قد يرخص بصيغة الامر حتى
لا يقع في مخطور فوقه كالحنث في اليمين وقطع الصلاة الى اخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز ان يكون
هنا كذلك انتهى اقول مراد الشراح ان ادنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الاباحة
وانما تستعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة ولا تحقق

لم توجد تلك القرينة فلاجرم تحملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتحقق هنا بصرفها الاعادة الى الطمانينة القلب
بالايمان وما قيل فعدل الى ما كان منكرا من النيل منه وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم
انه يامر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه **قوله** ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان لقيام التصديق وفي
الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولان بهذا الاظهار
دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لان الركن الاصلي فيه هو التصديق وهو قائم
حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان
مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه انتهى كلامه اقول
في تقريره خلل اما اولا فلان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرا ليس بسديد لان عدم
اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرا اذ لا بد فيه من ان لا يطرأ عليه ما يضاده كما تقرر في موضعه
والمفروض هنا طريان ما يضاده عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكراها
لا يضاد الاقرار طواعية وانما يضاده اظهارها طواعية قلت هذا مبني على جواز اظهارها حالة الاكراه وهو
اول المسئلة فاخذه في اثناء اقامة الدليل عليها مصادرة فبهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء هاهنا انه كالكلام
الناسي وجوده بمنزلة العدم فانه ايضا مبني على اول المسئلة فيلزم المصادرة واما ثانيا فلان قوله فكان مما اجتمع
فيه حقيقة اصلا لما كان ماجورا فيما اذا صبر حتى قتل وكما تم قول المص فيما سياتي ولان الحرمة باقية اذ الظاهر
ان الحرمة لا تثبت بمجرد توهم فوت حقه تعالى بدون ان يفوت حقيقة بل التحقيق ان اجراء كلمة الكفر على اللسان
حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة اصلا فان فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر صورة في حالة الاكراه وكفر
صورة ومعنى في حالة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا ان المبتلى بالاكراه عليه يصير معذورا حالة
الاكراه فيسعه الميل اليه عند طمانينة القلب احياء لحقه مع بقاء حرمته ابدا **قوله** ولان الحرمة باقية
والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا مستثنى
بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله بعد ايمانه فينبغي ان يكون مباحا كالحل الميتة وشرب
الخمر واجيب بان في الاية تقديما وتاخيرا وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب
من الله ولهم عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فالله تعالى ما اباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة
الاكراه وانما دفع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه
ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم
متأخر فجاز ان يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهو الحرمة فلم تثبت اباحة اجراء الكلمة
الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال و
الجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله وان

كان

كان المراد بها السبب الشرعي كما شعر به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كما في المثال المذكور
من قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك انتهى **قوله** وهذا النظر
ساقط جدا لانه يصح ان يختار كل واحد من شقي الترديد ولا يلزم محذور اصلا اذ يجوز ان يراد بالعلة ما هو المصطلح
عليه في علم الاصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذاك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معلوله ممنوع
فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للمعلول انما هو في بعض اقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكما دون بعضها
الاخر وهو ما كان علة اسما فقط او اسما ومعنى كما تقرر كل ذلك في علم الاصول فيجوز ان يكون العلة فيما نحن فيه من
قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز ان يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء
ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا اليه في الجملة قوله فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره ممنوع بل السبب
الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد ان يتوسط بينه وبين الحكم علة فما لم تتحقق
تلك الدلالة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا ايضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي
فان الايصال في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم
عن السبب الشرعي بل هو مسوق لمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضي قيام دليل
شرعي على جوازه في كل صورة على حدة على انه يمكن ان يجعل حديث خبيب دليلا على بقاء الحرمة فيما نحن فيه
بعد انتفاء حكمه وهو الغضب فان خبيبا رضي الله عنه لما اكره على اظهار كلمة الكفر فصبر ولم يظهرها حتى
قتل مدحه رسول الله عم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة ولو لم يبق الحرمة ابدا
في اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توعد به من القتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن
المباح في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهو حرام فيلزم ان يأثم بذلك كما في حالة المخمصة على ما
قوله ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه قال في الغاية
ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آلة له في حق التلفظ فكذا
في حق ما يثبت في ضمنه واجيب بان الاعتاق اتلاف وهو يصلح آلة له فيه والتلفظ قد ينفك عنه في الجملة كما
في اعتاق الصبي فيصح ان يكون آلة بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ انتهى **قوله** فيه نظر لان
الانفكاك في اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافي ثبوت
الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو ان يثبت الاعتاق بدون ثبوت
التلفظ وهذا غير متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكان بعض الفضلاء
تنبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذي يهمنا ثبوت الاعتاق لا في ضمن التكلم كما لا فرق في التقريب
انتهى **قوله** لكن فيه ايضا خلل فان الثابت في صورة اعتاق الصبي انما هو العتق دون الاعتاق
كما صرحوا به قاطبة وقد تقرر في كتاب الولاء مفصلا والكلام هنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى

فلا يتم التمثيل بتلك الصورة ايضا ولا التقريب ثم قوله لافائدة لحديث الانفكاك صلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ امرا مقررا لا يقبل الانفكاك فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدي نفعا شيئا في دفعه انفكاك الاتلاف عن التلفظ في صورة اخرى فالحق عندي في الجواب ان يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكره للآلية في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في حق التلفظ لعل امتناع التكلم بلسان الغير غير متحقق في حق ما ثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلفه كما صرحوا به تأمل

قوله فلا ان يضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي ان لا يضمن المكره لانه اتلف بعوض حصل للمكره وهو الولاء والاتلاف بعوض كلا اتلاف اجيب بان الاتلاف بعوض انما يكون كلا اتلاف اذا كان العوض مالا كما لو اكره على اكل طعام الغير فاكل فانه لا ضمان على المكره لانه حصل للمكره عوض وكان في حكم المال كما في منافع البضع اذا تلفها مكرها لانه منافع تعتبر الا عند الدخول والولاء ليس كذلك لانه بمنزلة النسب لا يرجع الى شاهد الولاء اذا رجعا لا يضمنان كذا في الشروح اقول هذا الجواب يشكل بما لو اكره على شراء ذي رحم محرم منه فعتق عليه فان المكره لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على انه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع ولا يذهب عليك ان صلة الرحم ليست بمال كالولاء اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه لم يقل به احد كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل

قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما بخلاف المريض اذا اعتق عبده وعليه دين لان السعاية تجب ثمة لحق الغرماء وبخلاف الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية لحق المرتهن كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بدل قوله بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه فانه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتهن بما انتهى اقول لم ار ما ذكره من وجوب السعاية على العبد اذا اكره الراهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه سوى شرح تاج الشريعة لهذا الكتاب فانه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير ايضا حتى يحتاج الى السعاية لذلك مثل ان يكون مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه وهو معسر فيجب على العبد السعاية لتعلق حق المرتهن برقبته واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء انتهى ولعله غلط وقع من تاج الشريعة فاغتر به صاحب العناية لان مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب السعاية عليه بل لا بد من ان لا يقدر معتقه على ايفاء ذلك الحق ولهذا قالوا اذا اعتق الراهن العبد المرهون وهو معسر يجب السعاية على العبد لحق المرتهن حيث زادوا قيد الاعسار ولا يخفى ان الراهن فيما اذا اكره على اعتاق عبد المرهون فيفعل يقدر على ايفاء حق المرتهن بما ضمنه المكره من قيمة ذلك العبد فان له ان يضمنه اياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي ان لا يجب السعاية على العبد ثم ان قول صاحب العناية بخلاف ما اذا كان العبد مرهونا فاكره الراهن على اعتاقه الى آخره لا يكاد يصح ههنا لان تلك الصورة داخلة في اطلاق ما نحن فيه من مسئلة

الكتاب

الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانهما مسئلتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالمخالفة بينهما وبين ما نحن فيه وكذا قول تاج الشريعة واما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد الى آخره ليس بسديد فانه يشعر المخالفة ايضا بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع انها داخلة في اطلاق ما نحن فيه كما لا يخفى وايضا لو وجب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لانتقض بها ما مر آنفا من ان السعاية انما تجب على العبد للتخريج الى الحرية اذ لا تخريج الى الحرية في تلك الصورة لما ذكر وان العبد قد خرج الى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه اليها ثانيا فلزم ان لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب ابي حنيفة سالم عن النقض واما على مذهبهما فنقض بما اذا اعتق المحجور عليه بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد تحقق ملكه ولا حق لاحد فيه فزاد لهما في التعليل وغير محجور عليه انتهى تأمل تفهم قوله وان اكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب الحد وجه قولهما ان المعتبر في الاكراه كونه ملجئا وذلك بقدرة المكره على الايقاع وخوف المكره الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان نعلم انه لا يفوته فهو ذو اناة في امره وغيره يخاف الفوت بالالتجاء الى السلطان فيعجل في الايقاع ووجه قوله ان المكره يعجز عن دفع السلطان عن نفسه فان اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العناية والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود اقول يتجه على الوجه المذكور من قبل ابي حنيفة ان يقال ندرة ذلك ممنوع كيف وقد وقع طغيان الاكراه وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران اكثر من ان يحصى ولئن سلم الندرة فان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات الحدود وسيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذ لا شك ان مجرد الاحتمال يثبت الشبهة فضلا عن الوقوع بطريق الندرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة ومن مثل هذا السلطان وغيره سواء الا يرى انه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولابي حنيفة ان هذا مما لا يغلب عادة اذا كان في المصر لان الظاهر ان يلحقه الغوث من الناس ومن السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر يعتبر كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى اقول على هذا التقرير يمكن ان يندفع منع الندرة ولكن يبقى منع ان لا يكون للنادر حكم فيما يندرئ بالشبهات كما نحن فيه على حاله ثم اقول اطلاق مسئلة الكتاب واطلاقات عامة المعتبرات في ان حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب عندهما على تحقيق ما هو المعتبر عندهما مما لا يساعد القول بان الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعتبرات قال الامام قاضي خان في اول كتاب الاكراه في فتاواه

الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول ابي ح وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدده
به عليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته ان يكون الاكراه من السلطان عند ابي
حنيفة وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجيء من السلطان فهو اكراه صحيح شرعا والاختلاف على هذا الوجه
مذكور في مسئلة الزنا وصورتها على السلطان اذا اكره رجلا على الزنا ففعل في قول ابي ح يجب الحد على الزاني
كانه باشر الزنا طوعا وعلى قولهما لا حد عليه فظن بعض مشايخنا ان الخلاف بينهم في الزنا خاصة
واما في غيره فاكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعا ومنهم من قال الخلاف في الزنا
وغيره من الكلام ايضا سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قالوا هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قالوا
هذا اختلاف حجة وبرهان انتهى فتدبر قوله لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا يرى لو كان
قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت البينونة بالشك قال صاحب العناية
ويجوز ان يجعل كلامه دليلين احدهما ان يقال ان الردة بتبدل الاعتقاد وتبدل الاعتقاد
ليس بثابت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني ان يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر
شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا يثبت
البينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان ما قاله العلو
من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التغاير بينهما في بعض الالفاظ وهو تبدل الاعتقاد
في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا يرتاب ان تبدل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فاتحدا معنى
فما معنى جعلهما دليلين وان تجعل مدار جعلهما دليلين مجرد تغايرها في اللفظ فلا معنى لجعل كلام
المصنف دليلين ايضا لان الواقع في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى قوله فالقول له
استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول
له قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان ان اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفرقة
يعني لم يظهر طريق اثباتها من حيث الحقيقة حتى يكون صريحا يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالته
عليه من حيث ان اللفظ دليل وترجمة لما في القلب فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفرقة كان
دلالته عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلا عن ان يكون صريحا فيه يقوم لفظه
مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه اقول فيه خلل فان قوله فان دل على تبدل الاعتقاد
المستلزم للفرقة كان دلالته عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملا
في المعنى المجازي ولا شك ان اللفظ هنا وهو كلمة الكفر غير مستعمل في الفرقة لا حقيقة ولا مجازا
وانما هي اي الفرقة امر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية
بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصالة فصارت

من قبل

من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز ان يراد بالمجاز
هنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى ما ثبت كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتعم
مستتبعات الالفاظ ايضا قلت هذا المعنى مع كونه مخالفا للعرف والاصطلاح بالكلية يا باه جدا قوله من
قبل يعني لم يظهر فيها طريق اثباتها من حيث الحقيقة فتامل فالوجه المجمل المفيد المطابق للمشروح ما ذكره صاحب
النهاية معزيا الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة
باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفرقة كذا في الايضاح انتهى قوله
بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى قال
صاحب العناية وكان هذا اشارة الى ما قال الامام ابو منصور الماتريدي وهو المنقول عن ابي حنيفة رحمه الله ان الايمان
هو التصديق والاقرار باللسان شرط اجراء الاحكام وليس في ذلك مذهب اهل اصول الفقه فانهم يجعلون الاقرار ركنا
انتهى اقول فيه نظر فان ما ذكر في الكتاب كيف يكون اشارة الى ما قال الامام ابو منصور الماتريدي مع تمشيه
على المذهبين معا بل تمشيه على المذهب الثاني اظهر في حال الاكراه على الاسلام لان الاقرار اذا كان ركنا من
الايمان كان المكره على الاسلام آتيا باحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق احد ركني الاسلام
مع عدم الجزم بانتفاء الاخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحا لجانبه بخلاف ما اذا كان الايمان هو التصديق
وكان الاقرار شرطا لاجراء الكلام فان على هذا لا يتحقق شيء من ركني الايمان في المكره على الاسلام وانما يكون
المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام بمجرد تحقق ما هو شرط
لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف تمشي ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على
الردة على تقدير ان يكون الاقرار ركنا من الايمان يلزم ان يثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لانه
ينتفي الاقرار اذ ذاك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لانا نقول ان من قال بان الاقرار ركن
من الايمان لم يقل انه ركن اصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن اصلي وفسر معنى كونه ركنا
زائدا بان الشارع اعتبره في وجود المركب لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المركب موجودا
حكما وقد بين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر تمشي ما في الكتاب على هذا المذهب ايضا في حال الاكراه
على الاسلام والاكراه على الكفر كما لا يخفى تامل تفهم

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا
لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان احق بالتقديم كذا في الشروح ومن محاسن الحجر انه فيه
شفقة على خلق الله عز وجل وهي احد قطبي امر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق
الورى وفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم اولي الرأي والنهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم
مبتلى ببعض اسباب الردى فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص

العقل فاثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل
يردعهما وتمييز وافر يمنعهما وكذلك حجر الصبي والرقيق اما الصبي ففي اول امره كالمجنون وفي آخرها كالمعتوه فهو
المتوقع من ضررهما ما يتوقع في حق الصبي واما الرقيق فانه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف
في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالحجر رفقة نظرا للمولى ثم ان الحجر في اللغة هو المنع
فانه مصدر حجر عليه القاضي اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق و
المجنون كذا في النهاية والعناية اقول فيه خلل اما اولا فلان الحجر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف
مطلقا بل هو منع عن التصرف قولا لا فعلا كما يفصح عنه ما سيأتي في الكتاب من ان هذه المعاني الثلثة يعني الصغر
والرق والجنون توجب الحجر في الاقوال دون الافعال واما ثانيا فلان المحجور عليه غير منحصر في الصغير والرقيق
والمجنون بل المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس محجور عليه ايضا بالاتفاق والسفيه و
المغفل والمديون ايضا محجور عليه عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة المعتبرات وسيأتي
في الكتاب بعضها ايضا فقوله في ذيل التعريف وهو الصغير والرقيق والمجنون تعيين زائد وتقييد كاسد
وبالجملة في التعريف المزبور تقصير من حيثيتي اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي الحجر في اللغة المنع
وفي الشرع منع عن التصرف قولا بصغر ورق وجنون انتهى اقول فيه تدارك للمحذور الاول
ولكن يبقى المحذور الثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى ما ذكره في معراج الدراية فانه قال فيه ثم الحجر لغة
المنع مصدر حجر عليه وشرعا منع مخصوص وهو المنع عن التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر
بسبب كان انتهى تدبر قوله الاسباب الموجبة للحجر الصغر والرق والجنون هذه الثلثة بالاتفاق
والحق بها اشخاص منها ثلثة اخرى بالاتفاق ايضا وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس وفي
حجر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيدا خلاف قول ابي يوسف ومحمد كذا في الشروح اقول قد اطبقت
كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العته في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلثة
وهي الصغر والرق والجنون وفي كتب الاصول على جعل العته قسيما للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية
تخالف لما كثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر قوله
وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال اي هذه المعاني الثلثة التي هي الصغر والرق والجنون توجب الحجر
في الاقوال حتى اوجب التوقف في الاقوال التي تتردد بين النفع والضر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير
والمجنون والعبد واوجب الحجر عن الاصل بالاعدام في حكم اقوال تتمحض ضررا كالطلاق والعتاق في حق الصغير
والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه
المعاني الثلثة يعني الصغر والرق والجنون توجب في الاقوال يعني ما تردد منها بين النفع والضر كالبيع
والشراء اي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واما ما يتمحض

منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد واما ما
تمحض منها نفعا كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا حجر فيها على العموم انتهى كلامه اقول خصص
الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالاقوال المترددة بين النفع والضر حيث قال يعني
ما تردد منها بين النفع والضر كالبيع والشراء فلما اخرج عن الاقوال ما تمحض نفعا وما تمحض ضررا وكان
فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه اصلا دون فائدة اخراج الثاني لثبوت الحجر فيه ايضا
في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الحجر ايضا حيث قال اي هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة
على العموم بين الصغير والمجنون والعبد واشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى المخصوص فيما يتمحض
ضررا من الاقوال ونبه عليه بقوله واما ما يتمحض منها ضررا كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في
الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك ان عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيصين المذكورين
يلزم اذا كان يحذوران احدهما انه على ذلك المعنى الذي ذهب اليه الشارح المزبور يصير حاصل معنى هذه المسألة
وهي قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال معنى المسألة السابقة وهي قوله ومن باع من هؤلاء شيئا
او اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون
في اعادة الثانية فائدة الا مجرد كونها توطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما يتمحض
ضررا من الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلث
توجب الحجر في الاقوال وقد ادرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا
اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بان تلك المسائل ذكرت تفريعا على الاصل
المذكور وقد وقع التصريح ببناء التفريع في مختصر القدوري في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما
ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلثة توجب الحجر في الاقوال فالحق ان اللام في الاقوال
للجنس وان المراد بايجاب الحجر في قوله توجب الحجر في الاقوال ما يعم ايجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة
بين النفع والضر وايجاب الاعدام من الاصل كما في الاقوال المتمحضة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم
اعني ما يتمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسفور ليصير هذا القسم ايضا داخلا في جنس الاقوال فيشمله
ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الآتية باسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الحجر في الاقوال التي تتمحض نفعا
لان تحقق الحجر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع افرادها فصار الاصل المزبور مجملا وما فرع عليه من
المسائل بيانا له فما جعل في تلك المسائل محجورا فهو داخل تحت حكم الحجر وما لا فلا تأمل تقف قوله
بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه اقول فيه اشكال لان الطلاق
والعتاق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتبرة في الشرع مع ان القصد ليس
بشرط لاعتبارها في الشرع الا يرى ان طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا اعتاق الحر العاقل البالغ هازلا

وكما بينه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل في كتب
الاصول مع ان الهزل ينافي القصد لا محالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل وقال
في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون
الافعال فالجواب عنه وجهين احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليس عين مدلولاتها بل هي
دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم بخلاف الافعال
فان الموجود منها عينها فبعدما وجدت لا يمكن ان تجعل غير موجودة والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد يقع
كذبا وقد يقع جدا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد الا يرى ان القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر
شرعا فكذا من هؤلاء الثلثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى اقول
في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فانه غير متمشي في الانشاآت من الاقوال كالبيع والهبة والتطليق
والاعتاق ونحوها فان الانشاآت ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى ان اكثر الاقوال المعتبرة
في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشاآت فلا يتم التقريب واما في الثاني فلانه ينتقض بما يتأتى
فيه الجد والهزل من الاقوال كالطلاق والعتاق ونحوهما فتدبر تفهم قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما
ولا اقرارهما الخ اراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالولي بالخيار وانما اعاد
المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو ان هذه المعاني الثلثة توجب الحجر عن الاقوال لتتناسق الفروع ليأتي في موضع
واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء واذا اريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب
لا يحتاج الى تاويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن شبهة التكرار انتهى وقد اخذ هذا المعنى من آخر
كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال اراد بقوله لا يصح لا ينعقد لان بيعهما وسائر تصرفاتهما الذي يتردد بين النفع
والضرر موقوف على اجازة الولي الا يرى الى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع
ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه الا اذا اريد بقوله والصبي من لا يعقل اصلا وبقوله والمجنون
الذي لا يفيق اصلا فح يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهى كلامه اقول لا مساغ لذلك الاحتمال
لان حمل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب
فقط مما لا يساعده القاعدة فان المعرف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهود انما يحمل على الجنس في قاعدة
اهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة اهل الاصول كما تقرر كل في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون
المغلوب لم يعهدا بخصوصهما قطعا فلا بد ان يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما او جميع
افرادهما على احدى القاعدتين لا حصة مخصوصة منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لذلك فلو اريد
بهما ههنا ذلك القسم المعين منهما لزم ان لا يكون احكام عقود الصبي العاقل والمجنون الغير المغلوب الذي
هو المعتوه ولا احكام اقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر اصلا اذ موضع ذكر تلك الاحكام هنا

ولم

ولم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم ان تكون متروكة سدى ولا يخفى فساده ولا يختلجن في وهمك انها
تفهم مما ذكر دلالة لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب اقوى من سببه في غيرهما فلا يدل
عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى قوله والاعتاق يتمحض ضررا ولا وقوف
للصبي على المصلحة في الطلاق لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة
قال صاحب العناية في شرح هذا المقام والاعتاق يتمحض ضررا لا محالة والطلاق وان امكن ان يتردد بين
النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال اما
في الحال فلعدم الشهوة واما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع
عند بلوغه حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي وان امكنه ان يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم
التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة انتهى كلامه اقول فيه بحث اما اولا فلان جعل الطلاق
مما يتردد بين النفع والضرر مخالف لما صرح به نفسه وسائر الشراح فيما مر من انه مما يتمحض ضررا اللهم الا
ان يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتامل واما ثانيا فلانه ان اراد بالمصلحة في قوله والولي وان
امكنه ان يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله
من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم ان لا يتم قوله وان امكنه ان يقف على مصلحته
في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما افصح عنه
المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تحققها بتلك العلة كيف
يمكن للولي ان يقف على تلك المصلحة وان اراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذكرها
لغوا في اثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

اخر هذا الباب لان اسباب الحجر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الحجر ههنا مكتسب والسماوي في التأثير
اقوى فكان بالتقديم اولى ولان الحجر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه
احرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالفساد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتحمله
على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير
المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى اقول في تفسيره كلامه معنى السفه على
الوجه المذكور خلل اما في الاول فهو ان العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل
اذ الظاهر ان موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل
بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجر واما في الثاني فهو انه ان كان معنى السفه
في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف يتصور القول من
ابي حنيفة بعدم الحجر على السفيه اذ لا مساغ لعدم المنع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند احد من الفقهاء

ويمكن الجواب عن الاول بان المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لا عن نفسه ولا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما اوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بان ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب ان ينهى عنه مرتكبه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه بالسفه واما الحجر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفس مال المتصرف فهو امر اخر وراء ذلك لم يقل به ابو حنيفة بناء على انه عد ضررا اشد من ضرر اتلاف المال كما سياتي في بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم ان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف ومحمد لا على قول ابي حنيفة فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه اصلا انتهى اقول ليس هذا الكلام بسديد فان اكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه ابو ح وصاحباه كقوله وان اعتق عبدا نفذ عتقه وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له وقوله وان تزوج امراة جاز نكاحها وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مثلها وقوله ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله وتخرج الزكوة من مال السفيه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من ذوي ارحامه وقوله فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها وقوله وان اوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك في ثلث ماله وقوله ولا يحجر الفاسق عندنا اذا كان مصلحا لماله واما المسائل الخلافية بين ابي حنيفة وصاحبيه من مسائل هذا الباب فثلث ثنتان منها مذكورتان في اول الباب في الهداية والبداية احديهما مسئلة انه لا يحجر السفيه عند ابي حنيفة ويحجر عندهما والاخرى مسئلة ان الغلام البالغ غير رشيد اذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله عند ابي حنيفة وان لم يونس منه الرشد وعندهما لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه رشده وواحدة منها مذكورة في اخر الباب في الهداية وحدها وهي مسئلة ان يحجر القاضي بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول ابي حنيفة في المسئلتين الاوليين اصلا في الذكر وقولهما تبعا له فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هي مبنية على قولهما لا على قوله الا ان المسئلة الاخيرة المذكورة في الهداية وحدها فكيف يصح القول بان مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول ابي يوسف ومحمد لا على قول ابي ح ثم اقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم اعلم ان تلقيب هذا الباب بباب الحجر للفساد مبني على قول ابي يوسف ومحمد لا على قول ابي ح فانه لا يرى الحجر للفساد والسفه اصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى قوله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي تقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي قال صاحب العناية استدل المص بقوله لانه مبذر الى اخره لا على الوجه الذي تقتضيه العقل وكل من هو كذلك يحجر عليه نظرا له كالصبي فهذا يحجر عليه انتهى

اقول تقريره غير مطابق للمشروح اذ لا يخفى ان حاصل كلام المص ههنا قياس السفيه على الصبي قياسا فقهيا في وجوب الحجر عليه نظرا له ويرشد اليه قطعا قوله فيما سياتي من قبل ابي حنيفة ولا يصح القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطقي حيث قدر الكبرى الكلية وجعل قوله ويحجر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم ان صاحبي العناية والنهاية قال هذا الدليل الذي ذكره المص انما يصح على قول ابي يوسف ومحمد لا على قول الشافعي لان حجر السفيه عنده بطريق الزجر والعقوبة لا بطريق النظر له وقالا وفائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما اذا كان السفيه مفسدا في دينه مصلحا في ماله كالفاسق فعند الشافعي يحجر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يحجر عليه انتهى اقول فيه نظر لانه اذا كان مصلحا في ماله لا يسمى سفيها في عرف الفقهاء على تبذير المال والاتلاف على خلاف مقتضى العقل والشرع واما كونه مصلحا في ماله اذا كان مفسدا في دينه يسمى بالسفيه على معناه الاصلي فلا يجري نفعا ههنا اذ نحن بصدد بيان حكم السفيه في عرف الفقهاء بانه لا يحجر عليه عند ابي ح ويحجر عليه عند ابي يوسف ومحمد والشافعي ولو كان الفاسق داخلا في السفيه في عرفهم لما صح بيان الحكم بالوجه المذكور فان الفاسق لا يحجر عليه عند احد من ائمتنا كما سياتي في الكتاب قوله ولابي ح انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد قيل يشكل هذا بالعبد فانه مخاطب عاقل ايضا ومع ذلك يحجر عليه واجيب بوجهين احدهما انه ذكر المخاطب مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكوة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كالحج وصلوة الجمعة والعيدين والشهادة وشطر الحدود وغيرها والثاني ان المراد بالمخاطب في قوله انه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات والاقرارات قوله انه مخاطب العبد لانه ماله فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه هذا زبدة ما في النهاية وغيرها اقول بقي في كلام المص شيء وهو ان قوله عاقل بعد قوله انه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلا فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة قوله وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس منه رشده قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر انتهى اقول يمكن توجيه عبارته بان يحمل الابد على الزمان الطويل الممتد كما حمل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فح لا تدافع بين الابد وحتى كما لا يخفى قوله ولابي حنيفة ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعدها ظاهرا وغالبا الا يرى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن ان يوجه على وجهين احدهما ان يقال سلمنا ان علة المنع السفه لكن المعلول هو المنع

من حيث التاديب وهذا يقتضي ان يكون محلا للتاديب ولا تاديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في
هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنى عشر سنة واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر
واذا لم يبق قابلا للتاديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني ان يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم
وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو ان منع المال عنه بطريق التاديب الخ هذا كلامه وقد
اقتفى اثر الشارح المفتي قوله في تقرير الوجه الاول على ما ذكراه خلل اذ على تقدير تسليم كون علة
المنع السفه واذا دار ان المعلول هو المنع من حيث التاديب دون المنع المطلق يلزم ان يتخلف المعلول
عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التاديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتاديب مع
تحقق السفه بعدها ايضا ولا شك ان تخلف المعلول عن العلة باطل ولهذا قال في دليل الامامين فيبقى ما بقي
العلة فاعتبار التاديب مع المنع في جانب المعلول باطل ايضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندي
في تقرير الوجه الاول ان يقال لا نسلم ان علة المنع هو السفه وحده بل هو مع قصد التاديب فاذا لم يبق
المحل قابلا للتاديب بعد تلك المدة لم يقصد التاديب بعدها فانتفت العلة بانتفاء احد جزئيها وهو قصد
التاديب فلزم انتفاء المعلول الذي هو المنع ايضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا
الوجه هو المنع لا التسليم كما توهمه قوله ولان المنع باعتبار اثر الصبي وهو في اوائل البلوغ وينقطع
بتطاول الزمان فلا يبقى المنع قبل الدفع معلق باينا من الرشد فما لم يوجد لا يجوز الدفع اليه واجيب
بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به في ما ينطلق عليه فقد وجد
ذلك اذ وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورته جدا اصلا فكان متناهيا في الاصالة كذا في العناية وغيرها
قوله في الجواب بحث لان كونه متناهيا في الاصالة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول
ذلك في المجنون ايضا مع تحقق الرشد فيه سلمناه لكنه لا يطابق قول ابي حنيفة في موضع المسئلة من انه اذا بلغ
خمسا وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يونس منه الرشد اللهم الا ان يراد بالرشد هنا الرشد الكامل لكن
لا يساعده اللفظ ويأباه دليله تامل تعرف قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب
الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه قال في العناية استدل على الجواز والتوقف بقوله لانه ركن فذلك يوجب الجواز
ورد بان ركن التصرف اذا وجد من اهله يوجب ذلك السفيه ليس باهل واجيب بانه اهل لان الاهلية بالعقل
والسفه لا ينفيه فان قيل فعلام التوقف فاجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما
في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الخ هذا لفظ العناية ورد بعض الفضلاء قوله استدل على
الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط انتهى قوله
يمكن ان يحمل كلام صاحب العناية هنا على انه استدل على الجواز والتوقف لان ركن التصرف قد وجد الخ
انما استدل على الجواز بقوله لان ركن التصرف قد وجد وعلى التوقف بقوله والتوقف للنظر له في الفصل المجموع

الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من اول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه
على قوله استدلالا لرسول الظاهر الوارد وتصدى الشارح لذكره مع جوابه فدفع الفصل بين دليل الجواز و
دليل التوقف في البنا تدبر تفهم قوله والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر والا
فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه قال في العناية وفيه بحث من اوجه الاول ان السفيه لو
حنث في يمينه واعتق رقبته لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي او غيره لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل
بقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد وقد اثر فيه الحجر بالسفه والثاني ان الهازل اذا اعتق عبده
عتق ولم تجب عليه سعاية والمحجور بالسفه اذا اعتقه وجب عليه السعاية فالهزل لم يؤثر في وجوب السعاية والحجر
اثر فيه والثالث ان التعليل المذكور انما يتمشى في حق السفيه لا في حق الهازل والصحيح فيه ان يقال لقصد اللعب
به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في العقل والجواب عن الاول ان القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع
الى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذر لان في تنفيذهما اضاعة المقصود من الحجر لامكان ان يتصرف
في جميع ماله باليمين والحنث والنذر وعن الثاني ما سيجيء في الكتاب وعن الثالث ان قصد اللعب بالكلام وترك
ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما انتهى قوله في الجواب عن الاول وعن الثاني
على الوجه المذكور بحث ايضا اما في الجواب عن الاول فلان حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات
والنذر الواقعة من السفيه وهذا لا يجدي شيئا في دفع البحث الاول لان حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية
قولهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر والا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفيه في الكفارات
والنذر مع عدم تاثير الهزل في شيء منها فما ذكر في الجواب يقوي البحث فضلا عن ان يدفعه واما في الجواب
عن الثاني فلان ما سيجيء في الكتاب هو القول المصنف لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده
برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليك ان هذا ايضا لا يدفع نقض الكلية المعتبرة في اصلهما كما هو حاصل البحث
الثاني ايضا بل يقويه كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث
والصحيح فيه ان يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذ هذا لا يوجد في السفيه
ولا يوجد الاشتراك انتهى قوله كانه غلط في الاستخراج فتوهم ان الضمير المجرور في قوله
والصحيح فيه راجع الى التعليل فاعترض بانه لا بد في تمام التعليل هنا من الاشتراك في العلة وهذا
المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما ان المعنى المذكور في الكتاب
لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا يخفى على الفطن ان الضمير المزبور راجع الى حق
الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يتمشى في حق الهازل ان يقال لقصد اللعب به دون
ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يتمشى في حق السفيه فقط فلا يكون للبحث ذلك القائل وجه
كما لا يخفى قوله ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وقدا وقس نوع

رشد فيتنا ولان النكرة المطلقة قال في النهاية وفي المبسوط فقوله رشدا منكر في موضع الاثبات
والنكرة في موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه انتهى اقول
تقريره دليل ائمتنا في هذه المسئلة على وجه المذكور في الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
في السفيه المصلح في دينه دون ماله فانه يحجر عليه عندهما كما مر مع انه قد اونس منه نوع رشد وهو رشد
في دينه فيتناوله النكرة المطلقة فيجب ان يدفع اليه ايضا ماله والاظهر في تقرير استدلال ائمتنا بالاية
الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعد ذكر ما في الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولان الرشد
في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كيلا تعم النكرة المطلقة اولان الدفع معلق بايناس رشد
واحد لانه نكرة في موضع الاثبات فلا يكون الرشد مرادا الا انه ح يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر قوله
ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف اقول يرد عليه النقض بالسفيه
المصلح في دينه دون ماله على قولهما لا محالة لان الاسلام فيه ايضا متحقق بل هو فيه اقوى فيلزم ان يكون
من اهل الولاية فينبغي ان يكون واليا للتصرف ايضا غير محجور عليه كما ذهب اليه ابو حنيفة رحمه الله قوله
ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات الى اخره واعترض بانه خلاف
ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فانه ما حجر على حبان ابن منقذ وكان يغبن في التجارات بل قال له قل لا خلابة
ولي الخيار ثلثة ايام فاثبت له البيع بشرط الخيار وما حجره واجيب بان الحجر على المغفل ثبت بدلالة
قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم لما انه يتلف الاموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج
الشريعة قال صاحب العناية ذكر الاعتراض والجواب ورد بان ذلك المنع وليس النزاع فيه انتهى قال
بعض الفضلاء ويجوز ان يقال يفهم منه الحجر ايضا بطريق الدلالة والا لم يفد المنع كما سبق في دليلهما انتهى
اقول ويجوز ان يرد هذا ايضا بالحجر البالغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل ابي حنيفة على عدم الحجر
على السفيه فان يفهم من منع المال الحجر بطريق الدلالة وان منع المال مفيد لان غالب السفه في الصبا قطعا للسفه
وذلك يقف على اليد كما مر هذا ايضا في دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الحجر فيسقط قول ذلك القائل هنا
والا لم يفد المنع كما سبق في دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية
قلت فيه نظر لان في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه السلام اطلق له البيوع كلها بالخيار فصار
كالمحجور في البيوع المطلقة فافهم انتهى اقول ليس ما قاله بشيء اذ لا شك انه لا حجر في الحديث المذكور
على حبان في شيء بل فيه اشارة الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور فصار
كالمحجور في البيع المطلقة يشعر باعترافه ايضا بانه لم يصر محجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيئا
هنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه محجورا عليه في البيع المطلقة اعني البيوع التي لم يشترط فيها
الخيار فلا نفع لها في دفع مادة الاعتراض هنا فان مذهب الامامين والشافعي ان يحجر القاضي

على المغفل في بيوعه مطلقا اي سواء شرط فيها الخيار ام لا فيرد عليه ان الحجر على المغفل في بيوعه التي شرط
فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

البلوغ في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر احد
اسباب الحجر لم يكن بد من بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك قوله وهذا اقل ما قيل فيبنى الحكم
عليه للتيقن اقول يرد على قوله للتيقن به اعتراض قوي وهو انه لا شك ان المتيقن به في بلوغ الصبي
اشده انما هو اكثر ما قيل في اشده من المدد واقل ما قيل فيه منها لانه اذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس
نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام هنا في وجود مدة في نفسها
بل في كون تلك المدة اشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو اكثر ما قيل في شرحه بلا ريب ثم اني لم ار احدا من الشراح حام حول
هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالا فان قيل ينبغي ان يقال بالاكثر لانه المتيقن اذ الاكثر
في الاكثر دون العكس قلنا اقل الاية ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده والله تعالى مد الحكم الى غاية
الاشد واقل ما قيل في تفسيره ثماني عشرة وهو المتيقن اذ لو مد الى انقضاه لابد وان يمد الى ثماني عشرة ولو
مد اليها لا يكون ممتدا الى انقضاه فكانت ثماني عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فبنى الحكم عليه انتهى
اقول في الجواب نظر لان الاشد في الاية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل
عليه قطعا قوله تعالى حتى يبلغ اشده فمجرد مد الحكم السابق الى ثماني عشرة في مدة الى اقصى ما قيل في تفسير
الاشد لا يلزم كون ثماني عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها اشده فيما اذا مد الحكم الى
اقصاه ايضا فانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة اكثر منها فلم تكن متيقنا بها من حيث كونها
الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب هنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في
اصل التعليل ان يقال وهذا اقل ما قيل فيه فبنى الحكم عليه للاحتياط كما وقع في الكافي والتبيين الا انه قال
في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به واما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو الاحق

تلقيب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر
للفساد انما هو على قولهما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلوة وفي باب مقاسمة الجد
من علم الفرائض لان ابا حنيفة لا يرى شيئا منها واما على قولهم جميعا بناء على تعلق نظر كل منهم بذلك اثباتا او
نفيا منه ثم ان الحجر بسبب الدين لما كان مشروطا بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر
الى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم اثر تاخيره عنه قوله قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين واذا
وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لا احجر عليه لان في الحجر عليه اهدار اهليته فلا يجوز
لدفع ضرر خاص قال صاحب العناية في هذا المقام وابو حنيفة رحمه الله لا يجوزه لان فيه اهدار اهليته
وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الاعلى للادنى انتهى اقول لا يذهب عليك ان قوله فلا يترك

الاعلى للادنى لايناسب ما قبله من المقدمتين بل ينافيه في الظاهر وكان حق العبارة ان يقال ولا يتحمل الاعلى
لدفع الادنى كما قال المص في اوايل باب الحجر للفساد واشار اليه هنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال
بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يترك وقوله سهو من الناسخ انتهى ثم اقول يمكن توجيه ما عليه النسخ
الان بوجوه الاول ان يحمل المراد بالاعلى في قوله فلا يترك الاعلى للادنى على اهلية المديون لا على اهدار اهليته
وبالادنى على المال على حذف مضاف يرشد اليه انه قال للادنى ولم يقل لدفع الادنى كما قال المص ولا شك ان كون اهدار
اهليته ضررا فوق ضرر المال انما هو بسبب كون اهليته اعلى اى اشرف وكون المال ادنى اى اخس فان ضرر
فوت الاشراف فوق ضرر فوت الاخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الاتي وانما يكون
الاولى على ان لو كانا في شخص واحد ان يكون المراد بالاعلى اهدار الاهلية وبالادنى ضررا يقابله قلت تطبيق
ما في الموضعين في عين المراد غير لازم فان على نفس الاهلية شرعا وعلى اهدارها ضررا مثلا ان نات
وكذا ونارة نفس المال ودنارة ضرره فجاز ان يراد بالاعلى والادنى في موضع نفس الاهلية ونفس
المال وفي موضع اخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود في كل من الموضعين كما لا يخفى على
المتامل والثاني ان يحمل الترك المنفى في قوله فلا يترك على معنى الابقاء فيكون معنى قوله فلا يترك
الاعلى للادنى ولا يبقى الضرر الاعلى لاجل الضرر الادنى اى لاجل دفعه ومجئ الترك بمعنى الابقاء واقع في التنزيل
كقوله تعالى وتركنا عليه في الاخرين اى ابقينا نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك
على حاله ووقع في كلام المص ايضا في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من ثيابه بدنه ويباع
الباقي فان قلت معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر منه نفي ابقاء اهدار الاهلية بتحقق اهدارها
اولا لان البقاء فرع التحقق ومذهب ابي حنيفة ان لا يجوز اهدار الاهلية الانسان اساسا لا ان فيه الحاقه
بالبهايم قلت لا نسلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقق انما هو في الثبوت ولئن سلم
ذلك فيمكن ان يلتزم الحمل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقرينة المقام والثالث ان يحمل كلمة لا في قوله
فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى لئلا يعلم اهل الكتاب وقوله تعالى لا اقسم بهذا البلد وغيرها من الامثلة
فان قلت قد عينت مواقع زيادة لا في اكثر كتب النحو احدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد ان المصدرية
وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع المضاف على الشذوذ وما نحن فيه ليس منها في شيء قلت
ذكر ابن هشام في مغني اللبيب وقوع لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعد منها قوله تعالى وما يشعركم انها
اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح الهمزة وقال قوم منهم الخليل والفارسي لا الزائدة والا لكان
عذرا للكفار وعد منها ايضا قوله تعالى وحرام على قرية اهلكناها انهم لا يرجعون وقال فقيل لا زائدة
والمعنى ممتنع على اهل قرية قدرنا اهلاكهم لكفرهم انهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة انتهى ولا يخفى
ان هذين الموضعين ليسا من المواقع الاربعة المعينة وهما نظيران لما نحن فيه فلكفى بهما حجة

بهذا الوجه من التوجيه فان قلت لا ينتظم ح اخر الكلام وهو قوله للادنى اذ لا معنى لان يقال لا يترك
الضرر الاعلى للضرر الادنى فان ترك الضرر الاعلى ليس للضرر الادنى بل لكونه اشد واقبح منه
ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله للادنى لدفع الادنى واما اذا كان معناه ذاك كما هو الظاهر فساد المعنى ظاهر
اذ يصير المعنى اذ ذاك فيترك الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى فيلزم ان لا يتحمل شيء من الضررين وليس كذلك
قطعا قلت يمكن نظم ذلك بان يحمل اللام في قوله للادنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الاعلى عند
تيسر الضرر الادنى لو قوعا اختيار اهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ومجئ اللام بمعنى عند ذكره
ابن هشام في مغني اللبيب ومثله بقولهم كتبته لخمس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة قوله تعالى بل كذبوا
بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم انتهى والانصاف ان هذا الوجه ابعد الوجوه التي ذكرناها لتوجيه كلام
صاحب العناية هنا لكن مقصودنا بيان جملة ما لوحظ من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد
العقلية والنقلية ثم قال صاحب العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الحجر ضرر يلحق
الداين وانما يكون الاول اعلى لو كانا في شخص واحد فالجواب ان ضرر الداين يندفع بالحبس لا محالة والحبس ضرر
يلحق المديون بمجازاة شرعا ولو لم يكن اعلى مما اندفع به ضرر الداين واهدار الاهلية اعلى من الحبس فيكون اعلى من ضرر
الداين انتهى كلامه اقول حاصل السؤال منع كون اهدار الاهلية للمديون اعلى ضررا من ضرر الداين مستندا
بكونهما في شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة بطريق قياس المساواة بحيث
يظهر منه بطلان السند ايضا تقريره ان اهدار الاهلية اعلى ضررا من الحبس والحبس اعلى ضررا من ضرر الداين ينتج
ان اهدار الاهلية اعلى من ضرر من ضرر الداين بملاحظة مقدمة مقررة وهي ان الاعلى من الاعلى من الشيء اعلى من ذلك
الشيء ولا شك ان هذا القياس ينتج كون اهدار الاهلية اعلى ضررا من ضرر الداين وان كانا في شخصين فسقط المنع
وبطل السند ولكن لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس اعلى ضررا من ضرر الداين
نوع خفاء بينها الشارح المذكور اولا بما حاصله ان ضرر الداين يندفع بالحبس فلو لم يكن الحبس اعلى من ضرر
الداين لما اندفع هو به ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورهما بلا بيان ثم اقول في الجواب
بحث اما اولا فلان قوله ان ضرر الداين يندفع بالحبس لا محالة ممنوع لجواز ان يختار المديون الحبس
ابدا ولا يوفي حق الداين فلا يندفع ح ضرر الداين واما ثانيا فلان الحبس لو كان اعلى ضررا من ضرر الداين
لما جاز الحبس عند ابي حنيفة بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر الاعلى لدفع الضرر الادنى كما هو الاساس
في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع ان الحبس جائز بالاجماع ومتعين عند ابي حنيفة ويمكن ان يجاب
عن الاول بان اختيار المديون الحبس الابدي مع قدرته على اداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة الا
بنادرة النادرة ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب الاكثر وعن الثاني بان الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال
عن الداين بل هو مع ذلك جزاء الظلم المديون الداين بالمماطلة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب

القضاء بكون الحبس جزاء المماطلة حيث قال فاذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل
بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واشار اليه الشارح المذكور في اثناء الجواب
المزبور بقوله والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الاشارة اليه كان باعثا على ذكر هذه المقدمة
اثناء الجواب والا فلا مدخل له اصلا في اثبات المقدمة الممنوعة في السوال كما ظهر من تقريرنا السابق فاذا كان كذلك
فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الداين بل ايضا لا لمجرد دفع هذا الضرر الدنيوي لمن
ضرر الحبس حتى ينتقض بقول ابي حنيفة لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى فان قلت مذهب ان الحبس ليس لمجرد دفع
ضرر المال عن الداين بل له ولجزاء ظلم المماطلة معا لكن يندفع به ظلم المماطلة ايضا كما يفصح عنه قول المص فيما بعد
ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ابقاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه انتهى فبقياس المقدمة المذكورة في الجملة
القائلة ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الداين يقال ولو لم يكن الحبس اعلى من ظلم المماطلة لما اندفع به ذلك الظلم
فيلزم ان يكون الحبس اعلى من ظلم المماطلة ايضا فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى بالحبس قلت
المندفع بالحبس ظلمه الآتي وهو المراد بقول المص فيما بعد دفعا لظلمه لا ظلمه الماضي اذ لا محالة لدفع ما تحقق
فيما مضى من المماطلة لانها عرض لا يبقى والذي جعل الحبس جزاء له انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه
الماضي مع دفع ظلمه الآتي ودفع ضرر المال عن الداين ايضا فلا يتمشى النقض بالنظر الى مجازاة ظلمه الماضي كما
لا يخفى ولئن سلم كون الحبس اعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الداين فنقول ان قوله لا يتحمل الاعلى لدفع الادنى قوله على
موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في فصل وفصلوه فيترك به القياس بخلاف
الحجر بسبب الدين فانه لم يثبت بنص فيجري فيه القياس ويسقط النقض بالحبس لا يقال الحجر بسبب الدين
ايضا ثبت بالنص وهو ما روي ان معاذا ركبته ديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه
بالحصص كما ذكر في البدايع والتبيين وبعض شروح هذا الكتاب دليلا على قول الامامين في هذه المسئلة
لانا نقول اجابوا عنه في تلك الكتب ايضا عن قبل ابي حنيفة بان بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باذنه
استعان بالنبي عليه السلام وقالوا والدليل عليه ان بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ رضي
ان يخالف امر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روي انه طلب من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضيا ببركته انتهى فظهر انه لا نص يدل على جواز الحجر بسبب الدين فتعين
ان المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من الاسرار التي وقعت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان
من العجايب هنا اني قد ابتليت في مجادلة من الاقران باني امتحن مع بعض من عد من الاهالي الاعيان لاجل بعض
المدارس في يوم واحد من كتب ثلث الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق ان يقع البحث من هذا الكتاب
في اول هذا الباب فكان استخراج بعض من الاصحاب الامتحان في هذا المقام على ان تكون كلمة لو في قول صاحب
العناية في الجواب ولو لم يكن اعلى ما اندفع به ضرر الداين وصلته فجعل كلمة اعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة ما

موصولة فبنى على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا حاكمين في ذلك
الامتحان بينا بطلانه وشنعا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رايه الباطل بل اصر عليه وراجع بعض
الفضلاء واستعان بشهادة بعض من جملة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع الامر
حتى كاد تقع فتنة عظيمة ولله در من قال رحم الله امرا عرف قدره فلم يتعد طوره **قوله** ولكن يحبسه
ابدا حتى يبيعه في دينه **اقول** يرد على ظاهر عبارة المص هنا ما اورده صاحب العناية على نظيرها في
اوائل باب الحجر للفساد بان قال تسامح عبارته في الجمع بين الابد وحتى ظاهر ويمكن توجيه عبارته هنا ايضا
بما وجهنا به عبارته هناك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا توجيه آخر وهو ان تكون كلمة
حتى ههنا بمعنى كي دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسه ابدا ليكون سببا للبيع فلا مسامحة في الجمع
اصلا اذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابد وحتى بمعنى الانتهاء دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد
بالابد معنى الدوام البتة ولكنه امر آخر وراء المسامحة في الجمع تامل تقف **قوله** وقالا اذا طلب غرماء
المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه **اقول** لقائل ان يقول لا يجب ان يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الحجر
على الغني ايضا عندهما نظرا للغرماء بل الحجر بسبب الدين انما يفيد فائدته في حق الغني دون المفلس
كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في موضع المسئلة يخل بحق المقام لا يقال قد ذكر في النهاية وغيرها
نقلا عن الذخيرة ان من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو
حجر عليه ابتداء من غير ان يقضي عليه بالافلاس لا يصح حجره بالاتفاق والافلاس عندهما يتحقق في حالة
الحيوة فيمكن للقاضي القضاء بالافلاس والحجر بناء عليه وعند ابي حنيفة الافلاس في حالة الحيوة لا يتحقق
فلا يمكنه القضاء بالافلاس ولا بالحجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتداءة وجعل
هذا القول المانع من الحجر عند ابي حنيفة كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء بالافلاس
انتهى فيجوز ان يكون ذكر المفلس في موضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بسبب الدين
بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لانا نقول ما ذكر في الكتاب في تضاعيف بيان المذهبين في هذه المسئلة
وتقرير دليلهما كقوله في مذهب ابي حنيفة وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر وقوله في مذهبهما لانه
عساه يلجأ الى ماله فيفوت حقهم وقوله فيه ايضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص يدل
قطعا على انه ليس مدار ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الحجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ لو كان
بالافلاس كما لا يخفى على الواجد لا يقال لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور
ماله فعلم ان ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتداءة غير مبنية على مسئلة القضاء
بالافلاس كما لا يخفى فالجواب ان يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه معناه الحقيقي بل المراد به
اما من يدعي الافلاس فقط او الغني ايضا اذ الظاهر ان المديون الذي لا يؤدي دينه حالة في عدم اداء الدين

مال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة **قوله** ويمنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى
لا يضر بالغرماء اقول ــــ وجه ذكر التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع انهما من جنس التصرف ايضا غير واضح
والمراد في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمص معتبر عنده ولكنه لو اصلحها بتصرف كان اصلح
كما لا يخفى **قوله** وهذا عند ابي ح استحسانا قال كثير من الشراح انما خص ابا حنيفة بالذكر وان كان هذا
بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المديون في العروض فكان ينبغي ان لا يجوز
في النقدين ايضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف انتهى اقول ــــ ما ذكروه انما يتم ان لو كان عبارة المص
وهذا عند ابي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا واما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في الكلام المص فقد كان
ذلك مخصوصا بابي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما
هو قول ابي حنيفة فقط واما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتذار تدبر **قوله**
بخلاف الاستهلاك قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزم ذلك بعد قضاء الديون يعني
انه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء انتهى
كلامهم اقول ــــ في تفسيرهم نوع خلل اذ في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذة بضمانه متقدمة
على قضاء الديون كما يوهم قولهم يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون عليه اسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع
برتبة واحدة ولكن الكلام في استدراك اول كلامهم بل اختلاله فالاظهر الاحضر ما ذكره صاحب معراج الدراية
حيث قال في شرح قول المص بخلاف الاستهلاك حيث المتلف عليه اسوة للغرماء بلا خلاف انتهى او ما ذكره صاحب
غاية البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه اسوة لسائر الغرماء
انتهى **قوله** وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار اقول ــــ ليس المفلس هنا
على معناه الحقيقي كما من نظيره بل عدم ارادة الحقيقة هنا اظهر لان قوله من ماله يأبى ارادتها قطعا وعن هذا قيل
في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازي على احد التوجيهين
اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر **قوله** قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو
يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اقول ــــ كان لفظ مختصر القدوري
والبداية هنا هكذا فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة
انتهى وقد ترك المص في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الحمل على النسيان
من المص عند كتب هذه المسئلة في الهداية لامر يعتري الانسان في بعض الاحيان على مقتضى البشرية
قوله الا ان قال وكذلك اذا اقام البينة انه لا مال له قوله الى ان قال ــــ متعلق بقوله قال فان لم يعرف
للمفلس مال يعني قال القدوري في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى ان قال وكذلك اذا اقام البينة انه

لا مال له وقوله يعني على سبيله تفسير من المص لمراد القدوري وكذلك اذا اقام البينة انه لا مال له وقوله يحتج
النظر الى اليسرة تعليل لذلك وا قول ــــ كان الاولى والاظهر ان يقدم المص قوله الى ان قال على قوله وقد
ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي لئلا يعترض كلام نفسه اثناء كلام القدوري فيورث
التشويش للناظر في تعلق قوله الى ان قال بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وان يترك قوله الى ان قال
ويقول قال وكذلك اذا اقام البينة انه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا
كنظائره ولا يكون تلفيقا ما ذكره متصرفهم **قوله** ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص
لاستواء حقوقهم في القوة اقول ــــ لقائل ان يقول هذا التعليل قاصر عن افادة تمام المدعى لان
استواء حقوقهم في القوة انما يفيد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الاخر فيستدعي وجوب
القسمة بينهم ولا يفيد ان تكون القسمة بينهم بالحصص اي بقدر حصته كل واحد منهم من الدين بل يعم
لزوم الاستواء فيما اخذوه فتمام المدعى هنا وجوب القسمة بينهم بالحصص لا مجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل
قوله لانه عجز المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا
لانه عقد معاوضة ومن قضية المساواة قال صاحب العناية في تقريره هذا المحل لانه عجز المشتري
عن ايفاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه
عقد معاوضة قضية المساواة انتهى ورد بعض الفضلاء قوله الجامع بينهما انه عقد معاوضة حيث
قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الى اخره لبيان صحة
القياس فليتأمل انتهى اقول ــــ ليس ذلك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد ان يكون
علة جامعة في صحة القياس هنا بدون ملاحظة كون العقد عقد معاوضة والا لزم ان يوجب العجز
عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة ايضا ولم يقل به احد فالمدار في تحقق العلة الجامعة
هنا كون البيع عقد معاوضة وهو الوجه لبيان المص صحة القياس هنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة
ومن قضية المساواة والقول بان الجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضية المساواة ليس مما تفرد
به صاحب العناية بل اطبقت على التصريح به كلمة الثقات هنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام
الزيلعي وغيرهم

كتاب المأذون

اورد كتاب المأذون بعد كتاب الحجر ظاهر المناسبة اذ الاذن يقتضي سبق الحجر فلما ترتبا وجودا ترتبا
ايضا ذكرا رعاية للتناسب **قوله** الاذن الاعلام لغة اقول ــــ لم اجد ذلك قط في كتب المتداولة
بين الثقات مجيء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذان بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام
لغة محل نظر يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب اللغة تفسير
معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المص ولعلهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الاذان بمعنى الاذن

له في الشيء اذنا اي اباحة كما صرح به في القاموس بايلا رحمه عادة من الاعلام و لا يخلو عن نوع الاباء اليه
ماذكره صاحب النهاية حيث قال يحتاج ههنا الى بيان الاذن لغة وشرعا ثم قال اما اللغة فالاذن في
الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاق فيما حجر عنه من اذن له في الشيء اذنا انتهى ثم ان من المتبعد
ههنا ما ذكره الامام الزيلعي حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام
بدخول الوقت انتهى وكذا ما ذكره صاحب البدائع قال في فصل شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن
هو الاعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي الاعلام انتهى فان مدار ما ذكره اتحاد الاذان والاذن
حيث استشهدا بمعنى احدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعا والاظهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ
خواهر زاده في مبسوطه حيث قال اما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان الاطلا قا
عن شيء اي شيء كان انتهى **قوله** وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عنه قال في غاية البيان يعني ان العبد
كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا اذن له المولى اسقط حق نفسه انتهى وقال في النهاية اي اذن المولى
لعبده في التجارة اسقاط الحق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه و
بالاذن اسقاط حق نفسه انتهى وقال في العناية فان المولى اذا اذن عبده في التجارة اسقط حق نفسه
الذي كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه انتهى وقال تاج الشريعة لانه
كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لا يتعلق الديون برقبته ولا بكسبه وبعد الاذن سقط
هذا الحق وتعلق الديون بهما انتهى وقال في الكفاية وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق وهو حق
المولى مالية الكسب والرقبة فانه قد يمنع تعلق حق الغير بها صونا لحق المولى وانه بالاذن اسقط
حقه انتهى فتلخص من المجموع ان المراد بالحق ههنا حق المولى وقد افصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال والحجارة
عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او بكسبه وذلك مال المولى فلا بد
من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه انتهى قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق
المنع لا حق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك
يأخذ من كسبه جبرا عليه ما شيئا والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والولي ان كان صبيا
انتهى كلامه اقول فيه نظر اما اولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى
بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لا حق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن
التصرف على ان يكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على ان تكون الاضافة بمعنى اللام
ولا ريب ان الحق الذي هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا للغير فكان حقا له قطعا واما ثانيا فلان
ان اراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن انه لا يسقط به اصلا فممنوع كيف ولما انه اذا لزمته
ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعا فيباع كل ذلك للغرماء فيسقط حق المولى

في كسبه

في كسبه ورقبته جميعا لا محالة وان اراد بذلك انه لا يسقط به في الجملة كما اذا لم يحط بها ديون فمسلم
لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه بالكلية البتة بل المراد
به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته ايضا بالنظر الى البعض
الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى واما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا يضر اذ المقصود بالذات في كتاب
المأذون بيان اذن العبد وانما يجيء فيه اذن الصبي ايضا على سبيل التبعية فيجوز ان يكون مدار ذكر
في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب المأذون ثم ان صاحب النهاية قال واما
حكمه فما هو التفسير الشرعي وهو فك الحجر الثابت بالرق شرعا عندنا ولهذا الاذن لا الانابة والتوكيل لان
حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الحجر عن التجارة فقال هذا ما ذكره في المبسوط والايضاح
والذخيرة والمغني وغيرها انتهى وقد اقتفى اثر الامام الزيلعي حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي
وهو ما ذكرنا من فك الحجر انتهى اقول كون حكم الاذن ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء
على ما تقرر عندهم انما هو اثره الثابت به المترتب عليه وقد اشار اليه صاحب النهاية ايضا بقوله لان حكم الشيء
ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة ان ما يثبت بالشيء ويصير اثرا مترتبا عليه لا يصلح ان يكون تفسيرا لذلك
الشيء محمولا عليه بالمواطئة ثم اقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها ان حكمه ما هو تفسيره الشرعي
بل المذكور فيها هكذا واما بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الحجر الثابت بالرق شرعا عندنا وله الاذن لا
الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت في الاذن بالتجارة فك الحجر عن التجارة انتهى فيجوز ان
يكون المراد بالفك الحجر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للمفعول فيؤول الى معنى انفكاك الحجر ويصير غير الحجر
ولا شك ان المراد بفك الحجر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن فيصح ان
يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب ان الانفكاك اثر ثابت بالفك كالانكسار مع الكسر
ان الاظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة حيث قال واما حكمه فلك للاذن
ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم
الشيء ما ثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكما له الى هنا كلامه **قوله** والعبد بعد ذلك يتصرف
لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز فان قيل المأذون عديم الاهلية
لحكم التصرف وهو الملك فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية انما تراد لحكمها وهو ليس
باهل لذلك فلا يكون اهلا لسببه اجيب بان حكم التصرف ملك اليد والرقيق اهل لذلك الا يرى ان استحقاق ملك
اليد يثبت للمكاتب مع قيام الرق فيه وهذا لانه مع الرق اهل الحاجة فيكون اهلا لقضائها وادنى طريق قضائها
ملك اليد فهو الحكم الاصلي للتصرف وملك العين شرع للتوصل الى اليد فما هو الحكم الاصلي يثبت للعبد وما وراء ذلك يخلفه
المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على ان البائع بالخيار ثم مات فمتى اجاز البائع البيع يثبت ملك العين للوارث

وبهذا يحصل الجواب عما قال بعض الفضلاء
وقوله هذا الكتاب ولا يخفى عليك ان
اذن الصبي والمعتوه ليس من
قبيل الاذن بل هو استخلاف

على سبيل الخلافة عن المورث بتصرف باشره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا الكتاب وفي عامة كتب
الاصول اقول فيه بحث لانهم ان ارادوا ان الرقيق لم يملك اليد باهلية الاصلية الذاتية كما هو المتبادر
من كلامهم يشكل بما تقرر عندهم من ان المكاتب مملوك لمولاه رقبة لا يدا والمدبر مملوك له يدا لا رقبة والقن مملوك
له رقبة ويدا فان الرقيق اذا كان مالكا ليده فكيف يكون مملوكا لمولاه يدا في صورتي ان كان قنا او مدبرا وان
ارادوا ان لم يملك اليد باهلية المكتسبة من مولاه بالاذن او الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المصنف وغيره صريح
في ان اصل اصحابنا ان العبد المأذون له متصرف لنفسه باهلية الاصلية الثابتة بلسانه الناطق وعقله
المميز فليتأمل في التوجيه قوله ولهذا لا يرجع بالحقوق من العهدة على المولى قال في الغاية ومعنى
كونه يتصرف باهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بالحقوق من العهدة على المولى وهذا لان اول تصرف يباشره
العبد المأذون في الشراء لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته
بايجاب الثمن فيها وان كذبه المولى فكان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفاته قبل الاذن ايضا
لكن شرطنا اذن المولى دفعا للضرر عنه بغير رضاه انتهى وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية نقلا عن الذخيرة
اقول يرد على ظاهر قوله لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لانه لا مال له حتى يبيع انه
لا يلزم من ان لا يكون له مال يبيعه ان يكون اول تصرفه الشراء لجواز ان يكون اول تصرفه اخذ المضاربة او ايجار
نفسه فانه يملك كل واحد من ذينك التصرفين كما ستجيء في الكتاب ولا يقتضي شيء منهما ان يكون له مال كما لا يخفى
ويمكن ان يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الاصل في التجارة وما هو الغالب وقوعا فيها ولا يخفى ان الاصل
في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وانهما هما الغالب وقوعا في باب التجارة فعلى
مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد المأذون في اول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء ثم وقال بعض الفضلاء
في حاشيته على قول صاحب العناية لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل اول تصرف يباشره مواجرة
نفسه والجواب انه عند الخصم فان مواجرة نفسه غير جائزة عنده في احد قوليه على ما سيجيء انتهى اقول
في كل من ايراده وجوابه سقامة اما في الاول فلانه قال بل اول تصرف يباشره مواجرة نفسه بطريق الجزم
وكان الظاهر ان يقول بل يجوز ان يكون اول تصرف يباشره مواجرة نفسه على ان قوله مواجرة نفسه
خطأ على ما ذكر في الاساس والمغرب وكان الصواب ان يقول بدل ذلك ايجار نفسه كما قلت فيما مر واما في الثاني
فلانا بصدد اثبات ما قلنا ان العبد المأذون له يتصرف بعد الاذن لنفسه باهلية لا بصدد الجواب عما قاله
الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف هنا بما قاله الخصم اصلا فكيف يصح ان تحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم
في احد قوليه دون مذهبنا على انها لو حملت على مذهب الخصم لم نسلم ايضا لجواز ان يكون اول تصرف يباشره اخذ المضاربة
كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يفد الحمل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمناه لا غير قوله
ولهذا لا يقبل التاقيت قال صاحب العناية وصحح المصنف كونه اسقاطا عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التاقيت ثم قال

فان قيل

فان قيل قوله فك الحجر واسقاط الحق مذكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين
احدهما انه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك كما اشرنا اليه والثاني
ان حكم الشرع هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكما لا من حيث كونه تعريفا انتهى كلامه اقول
في كل من وجهي الجواب نظر اما في الاول فلان تصحيح النقل بما يدل على انه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال
فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فما معنى قوله انه ليس باستدلال واما في
الثاني فلان كون حكم الشرع هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشيء ما هو خارج عنه مباين له فان كان اثرا
مترتبا عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحد به في الذات فاني يكون احدهما هو الاخر وقد صرح
مثل ذلك من قبل بالحق في الجواب ان يقال ليس الاستدلال المذكور على نفس التعريف حتى يرد ان التعريف
لا يقبل الاستدلال عليه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كان يقال هذا التعريف
صحيح او هذا التعريف مطابق لاصولنا او نحو ذلك ولا يخفى ان تلك الاحكام تصديقات تقبل
الاستدلال عليها قطعا ونظير هذا ما حققوا في محله من ان المنع والنقض والمعارضة في التعريفات
انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد قوله ولا فرق بين ان يبيع
عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا قال الامام الزيلعي في التبيين
بعد ان قال الشرح هنا هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وذكر قاضي خان في فتاواه فلما اذا رأى عبده يبيع عينا
من اعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن انتهى
اقول كانه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضي خان في فتاواه
وليس الامر كما فهمه اذ الظاهر ان مراد الامام قاضي خان ان سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عينا
من اعيان ماله لا يصير اذنا في حق ذلك التصرف الذي صادف السكوت لا في حق سائر تصرفات ذلك العبد
في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل
الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادف السكوت بلا ريب ولا دلالة في كلام صاحب الهداية
وغيره على كون السكوت اذنا في حق التصرف الذي صادف السكوت فيما اذا باع عينا مملوكا للمولى بغير اذنه
بل خلافه مصرح به في اكثر الشروح وعامة المعتبرات قال في البدائع واما الاذن بطريق الدلالة
فنحو ان يرى عبده يبيع ويشتري فلا ينهاه ويصير مأذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادفه
السكوت واما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي لا يصير مأذونا انتهى وقال في المحيط
البرهاني قال محمد في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشتري ولم ينهه عن ذلك يصير العبد مأذونا
في التجارة عند علمائنا الثلثة واذا رأى عبده يبيع عينا من اعيان مال المولى فسكت يصير مأذونا في التجارة
ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئا

بالجمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كما هنا انتهى فكيف يجوز حمل
كلام قاضي خان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد في الاصل بقوله واذا راى عبده يبيع عينا من اعيان ماله
فسكت يصير مأذونا في التجارة فالوجه ان يحمل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه قوله
لان كل من راه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا لمنعه
دفعا للضرر عنهم قال صاحب العناية في تفصيل هذا التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذ
الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى رضا منهم قد تنقضي الحقوق في ديون عليه واذا لم يكن
مأذونا تتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين باتواء
حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان
موضع بيان انه راض به اولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء
من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لم لا يجوز ان يكون لحماقة
المعامل حيث اعتبر مجرد السكوت ولم يسأل من المولى فلذلك نظائر انتهى اقول ليس هذا بوارد لان
المعامل لا يغتر بمجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من ان من لا يرضى بتصرف عبده نهاه عنه ويؤدب
به عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا ان العادة جرت بان من لا يرضى بتصرف عبده نهاه
ويؤدبه عليه فاذا لم يعاينه علم انه راض فجعل سكوته اذنا دلالة دفعا للغرور عن الناس فانهم يعتقدون
ذلك اطلاقا فانه فيما يعاينه حملا للفعل على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلوة
والسلام عند امر يعاينه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع انتهى فبعد ذلك كيف يحتاج العامل
الى السؤال من المولى وكيف يجعل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهلا يكون النظائر كما قاله دون خلافه
ثم اقول بقي شيء في تقرير صاحب العناية وهو انه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء
على ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع انه ايضا غير متحقق بناء على ان
المديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فما الفرق والرجحان لا بد من البيان ثم قال في العناية فان قيل
عين ذلك التصرف الذي راه منه البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا راى اجنبيا يبيع من ماله
وسكت لم يكن اذنا واذا راى رقيقه يتزوج نفسه وسكت لم يكن اذنا فما الفرق اجيب بان الضرر
في التصرف الذي راه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت وليس في ثبوت الاذن
في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذنا بالنظر الى ضرر
متوهم كونه اذنا بالنظر الى متحقق وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله وفي الرهن لم يصر سكوته اذنا
لان جعله اذنا يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل اخر فكان في ذلك ضرر محقق
لا يقال الراهن ايضا يتضرر ببطلان ملكه عن الثمن فترجيح ضرر المرتهن تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن

موقوف

موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان اقوى واما
الرقيق عبدا كان او امة اذا تزوج نفسه فانما لم يصر السكوت فيه اذنا قال بعض الشارحين نقلا عن مبسوط
شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير اذنا واجازة دفعا للضرر ولا ضرر على احد في نكاح العبد والامة
لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لما فيه من اصلاح ملكه وشافع بنفع المملوك
كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفا وامكن فسخه فلا يتضرر به احد وقيل فيه
نظر لانه لا كلام في ان نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في ان سكوته اجازته اولا
ولعل الصواب ان يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت اذنا الى هنا لفظ العناية وقال
بعض الفضلاء وعندي ان النظر غير وارد لان كون السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر فحيث لا ضرر
يبقى على القياس ولا يجعل اذنا انتهى اقول كانه لم يفهم مراده من ايراد النظر اذ لا كلام في ان كون
السكوت اذنا كان لاجل دفع الضرر وانما هو في ان نكاح الرقيق هل فيه ضرر ام لا اذ لا اشكال انه موقوف
على اذن المولى فاذا كان سكوته اذنا تحقق الضرر فيه والا فلا فحيث احتمل ان يكون سكوته اذنا في تزويج
الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على اذنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بني عدم ثبوت
الضرر فيها على عدم كون سكوته فيها اذنا لزم المصادرة اذ هو اول الكلام الذي طلب الفرق بينه وبين ما نحن
فيه في اصل السؤال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو في ان سكوته اجازته اولا فتأمل تقف قوله
وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر يعني اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر من التجارة
بعدما اذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالخلاف فيما اذا سكت عن النهي عن التصرف في نوع
اخر منها بعدما اذن له في نوع مخصوص منها والحاصل انه سواء نهى عن غير ذلك النوع او سكت عنه يكون
مأذونا في جميع التجارات خلافا لزفر والشافعي كما ذكر في الايضاح ونقل في النهاية ومعراج الدراية
قال صاحب العناية فقطعا كيف ومسئلة الاذن العام في هذا المقام وكذا لو كان اذن له اذنا عاما ثم
نهاه عن نوع انتهى اقول هذا الشروع لا يطابق المشروح اذ المراد بما قررناه آنفا بلا
علية لفظ اخر في قول المص اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر ويأبى ذلك عما قال صاحب العناية قطعا
كيف ومسئلة الاذن العام قد تقررت مع متفرعاتها في الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة
الاذن في نوع خاص فلا معنى لخلطه حديث الاذن العام هنا كما لا يخفى قوله ولنا انه اسقاط الحق
وفك الحجر على ما بينا وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع اقول لقائل ان يقول
ان اريد انه اسقاط الحق بجملته وفك الحجر برمته فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح هبته واقراضه ونحو
من التبرعات وليس كذلك قطعا كما سيأتي في الكتاب وان اريد انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات
فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذ لا يلزم منه اسقاطه وفكه في جميع التصرفات حتى يلزم ان يكون مأذونا في

في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس
التجارة والمدعى كونه مأذونا له في جميع انواع هذا الجنس لا في جميع انواع اجناس التصرفات فلا يرد
النقض بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلقائل ان يقول اذا اريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون
نوع انه لا يتخصص بذلك اذا اطلقه ولم يقيده بنوع فهو مسلم لكن لا يجدي طائلا لان ما نحن فيه صورة
التقييد وان اريد بذلك انه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيده بذلك فهو ممنوع كيف وهو لا يتوقف
تمامه على اول المسئلة وهو ان يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على
المطلوب فان قلت علل صاحب العناية قول المص فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص
اذ ذاك تصرفا في ملك الغير وهو لا يجوز انتهى فلا مصادرة على المطلوب قلت ذاك التعليل ليس
بتام اذ لقائل ايضا ان يقول انما يكون التخصيص تصرفا في ملك الغير لو اطلق الاذن اولا فتحقق
اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق وظهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصصه بنوع منها واما ما
نحن فيه ليس كذلك اذ الكلام فيما اذا قيده اولا فقال اذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك ان مثل هذا
الكلام كلام واحد ليس لاوله حكم مستقل ولاخره الذي هو قيده حكم اخر بل للمجموع حكم واحد يتم اوله
باخره فمن اين يلزم التصرف في ملك الغير تأمل جدا ثم قال صاحب العناية ونوقض بالاذن في النكاح فانه
فك الحجر واسقاط الحق واذا اذن للعبد ان يتزوج فلانة ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن
فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق
اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا جاز ان يجبر عليه فكان
العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فيتخصص بما خصه به فان قيل قد تقدم ان الضرر اللاحق بالمولى
يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في البز
دون الخز اجيب بانه ضرر غير محقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف
بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة يدفع ذلك وفي الجملة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف باهلية ومالكية
فليس السؤال واردا الى هنا كلامه اقول ان قوله وفي الجملة الى اخره ليس بشيء اما اولا
فلان حاصل السؤال انه قد يلحق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي ان لا يجوز ولا
يجدي ان ثبوت كون العبد متصرفا باهليته ومالكيته لا يدفع ورود ذلك اذ لا شك ان المتصرف باهليته
ومالكيته لا يملك الاضرار بالغير اذ لا ضرر في الاسلام واما ثانيا فلانه يرد السؤال بطريق المعارضة
على ما ثبت بالدليل لا محالة والا يلزم ان يسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف
ما اقام عليه الخصم الدليل مع انها طريق مقبول لم ينكره احد ولا شك ان السؤال المزبور معارضة فالوجه
في الجواب عنه ما ذكر في اول الجواب دون هذا قوله وديونه متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يبيعه

القاضي لدين الغرماء بغير رضى المولى فان قيل ما وجه البيع على قول ابي حنيفة وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل
بسبب الدين وبيع القاضي للعبد بغير رضى مولاه حجر عليه اجيب بان ذلك ليس بحجر عليه لانه كان قبل ذلك
محجورا عن بيعه اذ لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضى الغرماء وحجر المحجور غير متصور فكان
كالتركة المستغرقة بالدين فيجوز ان يبيعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه
لا يعد حجرا لكونهم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضى الغرماء كذا في العناية وعامة الشروح وعزاه
في النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة اقول في الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ
له ان يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضي الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل
على اصل ابي ح ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة في التركة
المستغرقة بالدين لان حق الغريم مقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة
المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ
اعتاقه اياه وسيأتي ذلك كله في الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين
انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به اصل ابي حنيفة وهو انه لا يرى الحجر بسبب الدين واما كون المولى
محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم ان ينتقض به اصله كما لا يخفى فتأمل قوله
الا ان يفديه المولى قال صاحب العناية وقوله الا ان يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان
المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور انتهى اقول فيه بحث لان قوله الا ان
يفديه المولى انما يشير الى ان عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء انما يتصور
اذا كان المولى حاضرا بناء على ان اختيار الفداء من الغائب غير متصور واما ان البيع انما يجوز اذا كان
المولى حاضرا فمما لا اشارة في قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى او نائبه
واما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى او نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما ايضا كما لا يخفى
والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من البقاء بعد الثنيا في المسئلة المذكورة
فلما تصور عدم الفداء في كل من صورتي الحضور والغيبة احتمل جواز البيع في كل من تينك الصورتين ايضا
فمن اين حصلت الاشارة الى انحصار جوازه في صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا
كما صرحوا به في الشروح وعامة المعتبرات حيث قالوا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع
العبد حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه
بخلاف الكسب فانه يباع بالدين وان كان المولى غائبا لان الخصم فيه هو العبد انتهى لكن الكلام في حصول
الاشارة اليه في قول المص الا ان يفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر قوله وهذا لانه
سبب التجارة وهي داخلة تحت الاذن قال صاحب العناية قوله وهذا اشارة الى دفع الشبهه

بيانه ان سبب هذا الدين التجارة لان المفروض ان التجارة داخلة تحت الاذن بلا خلاف فسببه
داخل تحته واذا كان داخلا تحته كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرارا لان الكسب
قد لا يوجد والعتق كذلك فيتوى حقوق الناس وقال ويجوز ان يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه في حق
المولى انتهى اقول — لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان الاوجه هو الذي ذكره ثانيا بقوله ويجوز ان
يكون بيانا الخ وان كان اسلوب تحرير الشارح بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة ولزوم كون
التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منهما في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى
حقوقهم سواء كان سبب الدين التجارة او غيرها كصداق امراة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى
وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن او تجارة غير داخلة تحته كما اذا لحق بالعبد
المحجور دين بسبب التجارة واما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فلخصوصية كل واحد منهما
مدخل لا محالة فبالحمل على المعنى الاول لا يتم الفائدة والتقريب واما بالحمل على المعنى الثاني فيتم كل
ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبة العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر
وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك
المانع قطعا فتعلق الدين برقبته ومما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب الكافي دليلنا ههنا حيث
قال — ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في
حق التجارة فيباع رقبة العبد فيه كدين الاستهلاك دفعا للضرر عن الناس انتهى وكذا تحرير
صاحب العناية اياه حيث قال — ولنا انه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته
قياسا على دين الاستهلاك اما وجوبه على العبد فظاهر واما ظهوره في حق المولى فلان سبب الدين
هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء
كما في دين الاستهلاك بخلاف ما اذا اقر المحجور حيث يثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه
انتهى كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال — هنا ولعل الاولى ان يكون قول المص وهذا اشارة الى
تعلق الدين برقبته انتهى وكانه اخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل
حيث قال — قوله وهذا اي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار ان سببه التجارة وهي
التجارة داخلة تحت الاذن انتهى اقول — هذا الاحتمال ههنا ليس بشيء لان تعلق الدين
برقبته اصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لزفر والشافعي ولو كان في اثبات ذلك قوله لان سببه
التجارة وهي داخلة تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة
ولا يخفى ان العمدة في اثبات مطلوبنا ههنا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى
البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولهذا فرع عليه المص اياه بقوله فيتعلق برقبته

فالوجه

فالوجه ان تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير ومنه
كلامه يظهر بالتأمل الصادق قوله — ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة
فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء
الرقبة به قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضي العبد يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص
لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة فان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن
بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من ديونه الى ديون العبد طولب به
بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة انتهى كلامه اقول — في تقريره خلل
فان ذكر قوله فان بقي عليه شيء من ديونه بطريق الشرطية سيما مع اداة التفريع بعد ان قال
وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من ديونه عليه
فلا معنى للشرطية وكان حق التحرير ان يقول فما بقي عليه شيء من ديونه طولب به بعد الحرية بخلاف قول
المص فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية فانه في موضعه اذ لم يتعين فيما قبله عدم وفاء الثمن
بالديون بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل ان يكون بالثمن وفاء وان لا يكون فحسنت
الشرطية واداة التفريع كما لا يخفى قوله — لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد
ولم يفرغ وقال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع انتهى اقول —
لا طائل تحته في المقام بما اراده فان التشبيه بكسب غير منتزع يشعر بكون التعليل المذكور في الكتاب
مختصا بما يقبله العبد من الهبة مع انه يعم تعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجريانه في
الصورتين معا بلا تفاوت كيف ولو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهي
تعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليها مع كونها العمدة في المقام ولم يعهد مثله من المص قط قوله
بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود الصريح بخلافها اقول — لقائل ان يقول
اذا لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود الصريح بخلافها ينبغي ان لا يصير الآبق محجورا في البقاء ايضا اذ قد
وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي
ان لا تعتبر ثم اقول — يمكن ان يجاب بان وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى
حال الاباق فالمعلوم قطعا انما هو وجوده في الابتداء واما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب
الحال وهو حجة ضعيفة فلذلك تكون دافعة لا مثبتة فيجوز ان ترجح الدلالة عليها وعن هذا اعتبر
في البقاء دون الابتداء تأمل قوله — لما ان المصحح للاقرار ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان
اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور غير معتبرة قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكر
في وديعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا وديعة ثم غاب لم يكن لمولاه ان ياخذ الوديعة تاجرا كان العبد

او مجبورا عليه فلو لم يكن ليد المحجور اعتبار لما اشترط حضرته بل جعل حالها او دعها عنزلة ثوب هبت به الريح في
الغنم في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي ان يكون وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فعلم بهذا
ان ليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاستروشني في وديعة احكام الصغار
في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد آدمي له يد حكمية فلا يكون لمولاه ان ياخذ من المودع ما لم يحضر العبد
قلت تلك المسئلة ما ولة ذكر تاويلها في الفصل السادس عشر من وديعة الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم
المودع ان الوديعة كسب العبد واما اذا علم انه كسبه فللمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم انها كسب العبد
ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان ياخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اقتفى اثره صاحب العناية في ذكر
هذا السوال والجواب لكن بعبارة اخرى احصر من الاولى اقول ذاك الجواب لا يسمن ولا يغني
من جوع فان تاويل تلك المسئلة بما ذكر مع كونه مما يأباه قطعا ما ذكره الامام الاستروشني في وديعة احكام
الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السوال لا يجدي نفعا في دفع الاشكال الناشي من المقدمة القائلة
ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التاويل ان في صورة ان لا يعلم المودع ان الوديعة التي اودعها
العبد المحجور كسب ذلك العبد او مال مولاه ليس للمولى ان ياخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق ان يكون
للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلية وما لم يكن فيها كلية لا يثبت مدعى الامامين
في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز ان يكون المراد بقولهما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة ان
يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلية يكفي في اثبات مدعاهما
هنا لانا نقول هذا القدر من الكلية ايضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره
بعد الحجر بان ما في يده امانة لغيره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم ان ما في يده كسبه او مال مولاه فلا جرم يكون
يده اذ ذاك معتبرة على مقتضى ما مر من مسئلة المبسوط وتقرر بعد تاويلها ومن تلك الصور ايضا اقراره بعد
الحجر بان ما في يده غصبه من غيره ففي هذه الصورة ايضا اذا لم يعلم انه كسبه او مال مولاه يكون يده معتبرة
على مقتضى ذلك ان لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بان لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ
ملك المغصوب منه كما سيجيء في كتاب الغصب فلا يتصور ان يكون من كسب ذي اليد تدبر تفهم قوله
فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك قال في العناية يعني به الاذن فانه ثبت للعبد بحكم انه ملك المولى وقد زال
ذلك الملك انتهى وعلى هذا المعنى استخراج الكلية سائر الشراح ايضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم
منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال اي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم انه
ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء المأذونية انتهى اقول فيه نظر لان عدم
بقاء الاذن متقرر فيما نحن فيه ايضا وهو ما اذا حجر المولى على المأذون له بدون ان يبيعه فالمصير هنا بعيد
الفرق من قبل ابي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت

بحكم الملك هو الاذن لما كان لذكر هذه المقدمة اعني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة اصلا هنا
لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم ان يكون قوله المذكور لغوا من
الكلام ولا ينبغي ذلك لمثل المص والوجه عندي ان يكون مراده ما ثبت بحكم الملك في قوله من يد
الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل لان اليد باقية حقيقة وشرط بطلانه بالحجر حكما لفراغها عن حاجته
ولما كان تبدل الملك فيما اذا باعه بمنزلة الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الاول من اليد الحكمية بخلاف
ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكما ما لم تفرغ عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة
ها تيك المقدمة جدا فتامل ولكن الحاكم الفيصل قوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته
الى آخره قال في العناية اذا لزمته ديون فلا تخلو اما ان يحيط بماله ورقبته او لا يحيط بشيء من ذلك
او احاط بماله دون رقبته فالاول كما اذا اذن للعبد فاشترى عبدا يساوي الفا والمأذون ايضا
يساوي الفا وعليه الفا درهم والثاني ان يكون عليه خمسمائة درهم والثالث ان يكون عليه الف
درهم انتهى اقول لقائل ان يقول هذه المسئلة ليست بحاضرة اذ ههنا احتمال قسم رابع وهو
ان تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب انه قد تقرر فيما مر انه تبدا بكسب
المأذون المديون في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه ان تعلق الدين
بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع ان يحيط ديونه برقبته دون ماله الذي
هو كسبه فكانت الاقسام التي يمكن تحققها في الشرع منحصرة في الثلثة فيما اذا لزمته ديون ولهذا
لم يلتفت الى قسم آخر وهو احتمال عقلي محض لا تحقق له في الشرع قوله وان لم يكن الدين محيطا
بماله جاز عتقه في قولهم جميعا الظاهر ان مراده اذا لم يكن الدين محيطا بالرقبة جاز عتقه في
قولهم جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتبرة الا انه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر في
رقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من ان تعلق الديون بكسبه متقدم على تعلقها برقبته فاذا لم يحط
الديون بماله تعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد ذكر الاول وما وقع في عامة
الكتب من قبيل التصريح بما علم التزاما لمجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المص ههنا هو حكم
القسم الثاني من الاقسام الثلثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل وحكم
القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله فان لزمته ديون يحيط بماله ورقبته لم يملك المولى
ما في يده ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته
واما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية واما الثالث
فلم يذكر في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن بيوع الجامع الصغير ان العتق فيه جائز انتهى والمراد
ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال في بيوع الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة

في رجل اذن لعبده في التجارة فاشترى عبدا يساوي الفا وهو يساوي الفا وعلى الاول الف درهم دين فاعتق
المولى العبد المشترى فعتقه جائز وان كان الدين الفي درهم مثل قيمتهما لم يجز عتقه وقال ابو يوسف ومحمد عتقه
جائز في الوجهين جميعا انتهى قوله في جواز عتقه عند ابي حنيفة في الوجه الاول من هذين الوجهين
المذكورين في بيوع الجامع الصغير وهو القسم الثالث من الاقسام التي ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور
في الكتاب لاثبات مذهبه في القسم الخلافي الذي ذكره في الكتاب اولا وفي الجامع الصغير ثانيا فان حاصل ذلك الدليل
ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي احاط به الدين مشغول بحاجته فلا
يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا يخفى ان جميع مقدمات ذلك الدليل
جارية بعينها فيما اذا احاط الدين بكسبه دون رقبته فينبغي ان لا يجوز اعتاقه فيه ايضا قوله
واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين اقول في هذا التعليل
شيء وهو ان الظاهر ان جواب هذه المسئلة باتفاق اصحابنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب
وقد صرح به في غاية البيان حيث قال اعلم ان العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته
جاز باتفاق اصحابنا جميعا انتهى وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على اصل ابي
يوسف ومحمد اذ قد مر في المسئلة الاولى انهما قالا المولى يملك ما في يد العبد المأذون ولو احاط ديونه
بماله ورقبته وبهذا لو اعتق من كسبه عبدا يعتق عندهما فكيف يتم القول بان المولى كالاجنبي عن
كسبه اذا كان عليه دين على اصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليتامل في التوجيه قوله
وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده قال صاحب النهاية وهذا
الخلاف متعلق باول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله
وبخلاف انتهى ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس بصحيح لانه معطوف بلا
معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو انتهى اقول قوله لانه معطوف بلا معطوف
عليه ليس بصحيح فانه معطوف ح على قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي ح على ان معنى الكلام وهاهنا
المسئلتان اعني قول القدوري واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز
ملابستان بخلاف ما اذا حابى الاجنبي وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع
بطريق اللف والنشر الغير المرتب اي المسئلة الثانية ملابسة بخلاف ما اذا حابى الاجنبي والمسئلة
الاولى ملابسة بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لا ان كلتا المسئلتين ملابستان بكلا
الخلافين فاذن يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو
توجيها آخر اشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باول المسئلة
ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف

ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف انتهى والعجب
ان صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه اولا من التوجيه الوجيه لوان الظاهر انه قد رأى توجيه صاحب
معراج الدراية ومع ذلك جزم بانه معطوف بلا معطوف عليه بدون ان يبين الفساد في توجيه صاحب
معراج الدراية نعم في توجيهه تمحل لا يخفى ولكن لا يخفى ايضا انه ليس بابعد واقبح مما اختار صاحب
العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو وجعله متعلقا باول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر
ما ذكره كما ستجيء نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه السابق ويجوز ان يكون بدون الواو
فيتعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي اي انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة
يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض من وارثه لا يجوز عند ابي ح في كل حال من هذه الاحوال
وهذا اوجه ولكن النسخة بالواو وتمامه انتهى كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا ايضا حيث قال بعد نقله
ايضا عنه قلت ذاك اوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي
جواز المحاباة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب انتهى اقول
ليس هذا ايضا بوارد لانه كما يفهم من قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي جواز المحاباة معه مطلقا كذلك يفهم منه
جواز بيعه منه بمثل القيمة غير ان الاول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لانه اذا جاز المحاباة معه
فلان جاز البيع منه بمثل القيمة اولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب النهاية في تفسير قوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي
اي انه يجوز في كل حال اعني اذا كانت المحاباة يسيرة او فاحشة او كان البيع بمثل القيمة فاذن اتجهت
المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الاجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث جاز الاول دون الثاني مع ان
في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج الى الجواب عنها بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته
حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني انه لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة
المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه منه بالمحاباة وقد سلك هاهنا ايضا مسلك الدلالة فلا
محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير ان يجعل قوله المذكور متعلقا بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة
قلت ينبغي ان يأتي بالمسئلة بلا واو لانه اول مسئلة يورده نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باع من المولى بنقصان لم يجز ومع الاجنبي جاز وانما ادخل الواو
لئلا يتوهم انه نقض على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم انتهى اقول
ليس هذا بسديد اما اولا فلان قوله لانه اول مسئلة يورده نقضا على مسئلة الكتاب دون قوله
بخلاف ما اذا حابى الاجنبي لانه لبيان الفرق بين ما اذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الاجنبي
جاز كلام خال عن التحصيل لان مسئلة الكتاب هاهنا اثنتان اولاهما قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل
قيمته جاز واخراهما قوله وان باعه بنقصان لم يجز فكما ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل

قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة الاولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي لدفع توهم انتقاض المسئلة الاخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الاجنبي وكان قوله بخلاف
ما اذا حابى الاجنبي لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه شيئا بنقصان وبين ما اذا باعه من الاجنبي بنقصان
كذلك قوله وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما اذا باع المأذون من مولاه
شيئا بمثل قيمته وبين ما اذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فان اراد تاج الشريعة بقوله المذكور ان
الاولى من المسئلتين المزبورتين مسئلة الكتاب اي مختصر القدوري دون الاخرى منهما فليس بصحيح
اذ كلتاهما مسئلتان مذكورتان معا في مختصر القدوري وان اراد بذلك انهما وان كانتا معا مسئلتي
الكتاب الا ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض الى اخره لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما اذا
حابى الاجنبي فانه لبيان الفرق فليس بصحيح ايضا لان دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق
فتقييد احدهما يستلزم قصد الاخر على انه لا تأثير لهذا المعنى في اتيان المسئلة بلا واو كما لا يخفى على
الفطن فلا يثبت مدعاه وان اراد به ان قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق باولى مسئلتي
الكتاب وقوله بخلاف ما اذا حابى الاجنبي متعلق باخريهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالاولى قلنا قد تقرر
في علم الادب ان الواو لمطلق الجمع لا ترتيب فيها فدخولها لا يقتضي التأخر لا في الوقوع ولا في التعلق
فلا محذور في اتيان الواو ههنا اصلا واما ثانيا فلان قوله وانما دخل الواو فيه لئلا يتوهم انه نقض
على بيع المريض من الاجنبي بالمحاباة فادخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بتام ايضا لانه ان كان الواو
فيه للعطف كما هو الظاهر المتبادر فان كان المحل صالحا للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي ان يأتي
بالمسئلة بلا واو لانه اول مسئلة يورده نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحا فكيف
يصح ادخال واو العطف فيما لا يصلح للعطف لمجرد دفع توهم شيء وان لم يكن الواو للعطف فمن
اين يندفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو وبجعله متعلقا باول
المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي
عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق
بقية الورثة تعلق بعينه اي بعين مال الميت حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما حق الغرماء
فيتعلق بالمالية لا غير فافترقا اي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث
ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الى اخره انتهى كلامه اقول لا يذهب على ذي فطرة
سليمة ان جعل الظاهر ههنا عدم الواو بناء على حمل كلام المص على مثل هذا التعقيد القبيح عدول عن
سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا اقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل
ثم ان في تقريره خللا اخر فانه قال في تفسير قول المص فافترقا اي المولى والمريض وكان

الصواب

٢٧٦

الصواب ان يقول اي العبد والمريض كما لا يخفى على المتأمل والعجب انه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى
بمثل القيمة دون الوارث فيؤول المعنى على هذا الى ان يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع
المريض من الوارث ولا يخفى ما فيه **قوله** وان باعه المولى وعليه دين تحيط برقبته وقبضه
المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤا ضمنوا المشتري قال الشراح
انما قيد سبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغييب ولم يكتف بمجرد البيع
والشراء لانهما لا يضمنان بمجردهما بل بتغييب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستسعونه
او يبيعونه كما يريدون وبعد ذلك انما يفوت بالتسليم والتغييب لا بمجرد البيع والشراء انتهى
اقول لقائل ان يقول فاذن ينبغي ان يكون الضمان في هذه المسئلة على المشتري فقط فان تغييب
العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولولا التغييب لامكن لهم ان يردوا البيع فيستسعون
العبد او يبيعونه فلا ضمان ح على احد كما سيجيء في المسئلة الاتية فان قلت تغييب ذلك العبد وان وقع
من المشتري دون البائع الا ان سببية ذلك بعيدة وقد تقرر عندهم وتكرر ان الحكم يضاف الى اقرب
الاسباب فتأمل ثم ان صاحب العناية قال ولكن بقي شيء وهو ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم
المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء واجيب عن ذلك بان حقهم لم يتخصص
في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا انتهى كلامه اقول
لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه اصلا لان موضوعها فيما اذا كان ثمن العبد اقل من قيمته واما اذا
كان ثمنه اكثر من قيمته او مساويا لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الاشياء الثلثة المذكورة في هذه المسئلة
بل يتعين لهم اذ ذاك اجازة البيع واخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمين وقد صرح بذلك كثير من الثقات
منهم تاج الشريعة حيث قال ومعنى الخيار اذا كان الثمن اقل من القيمة اما اذا كان اكثر او مساويا فلا خيار
لهم انتهى ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذكر تمام المسئلة وبيان انه لفظ محمد في الجامع الصغير
هذا اذا باعه باقل من قيمته فاما اذا باعه بقيمته او باكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في
التضمين ولكن يدفع الثمن اليهم انتهى فاذا كانت مسئلتنا هذه فيما اذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى
اقل من قيمته لم يتجه ان يقال ان حقهم كان في بيع العبد والمولى قد رفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان
لان حقهم كان في بيع العبد بقيمته والمولى قد باعه باقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعا ثم
اقول في الجواب المذكور نظر لان حاصله ان سبب وجوب الضمان على المولى تفويته حق الاستسعاء
للغرماء ببيعه العبد وقضية هذا ان يجب على المولى ضمان الديون بالتمام دون ضمان قيمة العبد فقط
لانه كان لهم ان يستسعوا العبد في جميع ديونهم لا في مقدار قيمته فقط وقد فات بالبيع والتغييب
حق الاستسعاء بالكلية فينبغي ان يضمن البائع والمشتري جميعا ما فوتاه وهو جميع ما يمكن استيفاؤه

بالاستسعاء من الديون ولم يتعلل بواحد وانما الذي قالوا به ان يجب عليهما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فقد بين
قوله قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم
اليهم قال صاحب النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذ كان من حقه ان يقال وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم
كما هو المذكور في باب جناية العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وهكذا في الجامع الصغير لقاضي خان والذخيرة
وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن اذا كان لا يفي بديونهم كان لهم ان يردوا البيع لفوات حقهم
في الاستسعاء فيما بقي من ديونهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم
لانه يحتمل ان لا يفي الثمن بديونهم وان لم يكن في البيع محاباة فيبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الديون
اللهم الا ان يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضاء الغرماء باخذهم الثمن فانهم لما اخذوا الثمن كانوا
راضين بالبيع فينسد ح باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخلية بينهم وبين الثمن بلفظ
الوصول باق فلا ينتهض ذلك اللفظ ح بيانا لانسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعول ما ذكره الامام
قاضي خان في جامعه بقوله وتاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم لانه كان لهم حق الاستسعاء الى ان يصل
لهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان بالثمن
وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية
بعين عبارته واما صاحب العناية فنقله بطريق الاجمال واورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته
تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد لجواز ان يصل اليهم الثمن
ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في الديون واجيب
بانهم رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله
ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه اقول
اولا في الجواب المذكور نظر آخر وهو انه لو كان مراد المص بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك
الجواب لما تم تعليله بقوله لوصول حقهم اليهم فانه اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام
ووصول بعض حقهم اليهم لم يجد شيئا في نفي رد البيع كما يقتضي السوال بل كان من حق التعليل ح ان يقال
لرضاهم بسقوط حقهم واقول ثانيا يمكن الجواب عن النظر الذي اورده صاحب العناية بان فائدة قوله
ولا محاباة في البيع ح هي ان لهم ان يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد ان لا محاباة
في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى بها بل نرد البيع فنبيع العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن
في البيع محاباة فانه لا يتمشى فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب ان يقال
قوله ولا محاباة في البيع معناه ان الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص معجل فانه انما يكون
ناقصا اذا لم يف بالديون انتهى اقول وفيه نظر اما اولا فلانه لو كان معنى قوله ولا محاباة

في البيع

في البيع ان الثمن يفي بديونهم لذهب فائدة قوله فان وصل في قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة
قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتاويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك ان الثمن اذا كان يفي
بديونهم لم يكن لهم ان يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن او لم يصل اذ لا يبقى لهم ح حق الاستسعاء
بل يتعين حق الاستيفاء من رقبته فلا يتصور فائدة في الرد فلا يثبت لهم الخيرة واما ثانيا فلان
معنى انتفاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء بديونهم وهو ظاهر ولان احدهما لا يستلزم
الاخر اصلا لجواز ان ينتفي المحاباة في البيع ولا يفي الثمن بديونهم وجواز ان يفي الثمن بديونهم ولا
ينتفي المحاباة فلم يصح ان يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع ان الثمن يفي بديونهم لا بحسب الحقيقة وهو
ظاهر ولا بحسب التجوز والكناية لعدم العلاقة المصححة لذلك بينهما قوله ومن قدم مصرا فقال انا عبد
لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه
جائز قال في النهاية اي فتصرفه دليل على انه ماذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان
واما جواب القياس فانه لا يقبل قوله لانه اخبر عن شيئين احدهما انه اخبر انه مملوك وهذا اقرار على
نفسه والثاني اخبر انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى واقراره عليه لا يصلح حجة واما وجه
الاستحسان فما ذكره في الكتاب انتهى واقتفى صاحب العناية في شرح هذا المقام اثره كلا اقول
تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن نوع الاختلال فان قولهما في تقرير وجه القياس والثاني اخبر
انه ماذون في التجارة وهذا اقرار على المولى غير متمش في احد شقي هذه المسئلة وهو ما اذا لم يخبر بالاذن
اذ لا اخبار من العبد في هذه الصورة فلا اقرار على المولى فيها وان جعل الاخبار في قولهما والثاني اخبر انه
ماذون في التجارة اعم من الاخبار الحقيقي والحكمي وادعاء ان في ذلك الشق اخبارا حكميا عن كونه ماذونا وهو
تصرفه تصرف الماذون فتمحل جدا كما لا يخفى فالاولى هنا تحرير صاحب الكافي فانه جعل هذه المسئلة
على وجهين وذكر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين
احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس ان لا يصدق لانه
مجرد دعوى منه فلا يصدق الا بحجة لقوله عليه السلام البينة على المدعي وجه الاستحسان ان الناس
تعاملوا ذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الاثر ويترك بها القياس والنظر ولان ذلك ضرورة وبلوى
فان الاذن لا بد منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن والاصل ان ما ضاق على الناس
امره اتسع حكمه وما عمت بليته خفت قضيته وثانيهما ان يبيع ويشتري ولا يخبر بشيء والقياس فيه
ان لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لان الظاهر انه ماذون لان امور المسلمين
محمولة على الصلاح ما امكن ولا يثبت الجواز الا بالاذن فوجب ان يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات
دفعا للضرر عن الناس والقياس ان يشترط عدالة المخبر لان الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة

والبلوغ الى هنا كلامه واقتفى اثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزيلعي في شرح الكنز **قوله** الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا ما قوله — لقائل ان يقول لما اراد بقوله لانها خالص حق المولى انه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع اذ قد تقرر فيما مر ان حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المأذون حتى كان لهم ان يبيعوه لاستيفاء ديونهم الا ان يفدي المولى ديونهم وان اراد بذلك انه ليس فيها حق العبد كما هو المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد فهو مسلم لكن لا يتم به التعليل ح على ان لا يقبل قوله في الرقبة اصلا لانه لا يمنع ان يقبل قوله فيها لتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت الاذن له وفي لزوم كل شيء من التجارة لئلا يضيق الامر على الناس فليتأمل والاظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة اي في حق بيع الرقبة ان يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة الا يرى انه اذا اذن المدبر وام الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها لما فرغ عن بيان احكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان احكام اذن الصبي والمعتوه وقدم الاول لكثرة وقوعه **قوله** واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه اقول — كان الظاهر ان يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليعم غير البيع والشراء من سائر اسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرها ايضا عندنا وكانه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من اصول اسباب التجارات الا انه اثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني اعم واظهر في افادة تمام المراد هذا اما في عبارة مختصر القدوري ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة اخرى حيث قصر في البداية قوله اذا كان يعقل البيع وكان في عبارة المختصر اذا كان يعقل البيع والشراء واقتصر على ذلك في الهداية ايضا مع ظهور مزية ما في عبارة المختصر لان تعقل البيع فقط لا يكفي في كونه كالعبد المأذون في نفوذ التصرف في باب التجارة مطلقا بل لا بد من ان يعقل الشراء ايضا بان يعرف بان البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به **قوله** والصبي سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبت نظرا اي باذن الولي هذا جواب عن قول الشافعي لان حجر لصباه فيبقى ببقائه تقريره ان الصبي سبب الحجر لعدم هداية الصبي في امور التجارة لا لذاته فصار هو كالعبد في كونه حجر لغيره فاذا اذن له المولى فينفذ تصرفه كما لو اذن له الولي للعبد كذا في الشروح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب ان يقال لو كان الامر كذلك لنفذ تصرفه بدون اذن الولي اذا علم هدايته في التجارات بدليل من الدلائل غير اذن الولي لحصول العلم اذ ذاك ايضا بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع ان المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير اذن الولي اصلا فيما هو دائر بين النفع والضر كالبيع والشراء ونحوهما فتامل **قوله** وبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفائه المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال قال صاحب العناية وقوله وبقاء ولايته بعد ذلك لا يرد النظر لنفاذ الصبي من اسباب المرحمة بالحديث وفي اعتبار كلامه

التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين بمباشرة وليه له وبمباشرة نفسه فكان مرحمة في حقه فوجب اعتباره ولاحتمال تبدل الحال فان حال الصبي يحتمل ان يتبدل من الهداية الى غيرها فبقينا ولاية المولى لهذا كذا ذكره انتهى كلامه اقول — في تقريره شيء اما اولا فلان قوله وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض غير مسلم لان الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضر فان تصرفه الذي هو نافع محض كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير اذن الولي ايضا وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعتاق لا ينفذ باذن الولي ايضا وانما الذي يتوقف نفاذه على اذن الولي ايضا وتصرفه الدائر بين النفع والضر كالبيع والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه ان يقال بدل قوله المذكور وفي اعتبار كلامه التصرف نظر له واما ثانيا فلان مقتضى تقرير المزبور ان يكون قول المص واحتمال تبدل الحال معطوفا على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره وليس كذلك فانه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين وداخل معه في حيز قوله لنظر الصبي اذ لا شك ان تدارك احتمال تبدل الحال ايضا نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلا له ثم اعلم ان قول المص وبقاء ولايته الى الآخر يحتمل الوجهين احدهما ان يكون جوابا عن قول الشافعي ولانه مولى عليه الى الآخر وثانيهما ان يكون جوابا عن سؤال مقدر وهو ان يقال لو صار الصبي وليا للتصرف باذن وليه لكان ينبغي ان لا يبقى وليه وليا في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر الوجهين وصاحب العناية اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليك الاختيار ثم الاختيار **قوله** والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه اي في حق الصبي اراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في نهاية البيان وغيرها اقول لقائل ان يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت احكام العبد عامة في حقه ان لو كان التشبيه على العموم او على الاطلاق واما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة التعميم ممنوع جدا فليتامل وقال صاحب النهاية فان قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو ان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس بمحجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية من المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين احدهما انهما ذكرته من الحجر وعدمه هو في انحجار المولى وعدم انحجار الولي في المال وما ذكر في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضا لاختلاف المصرفين والثاني هو ما ذكر في المبسوط وانما يملك الاب والوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين او لا لان دين الحر في ذمته لا تعلق له بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كاجنبي آخر اذا كان الدين مستغرقا انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن يشكل

سلك الاجمال اقول الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة
انحجار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انحجار الولي عن التصرف
في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعميم في قول المصنف ان ما ثبت
في العبد من الاحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على
التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على
العموم اقول ليس هذا بسديد اما اولا فلان دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما يثبت في العبد
من الاحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من الفاظ العموم على ما تقرر في علم
الاصول وقد تأكد بيانها بقوله من الاحكام فان الجمع المعرف باللام ايضا من الفاظ العموم والاستغراق
اذا لم يكن هنا معهود كما تقرر هذا ايضا في علم الاصول واما ثانيا فلا اثر لدلالة في الجواب الثاني
اصلا عن منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة
في انحجار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انحجار الولي عن التصرف في مال الصبي فحمل ذلك الجواب على
منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه اصلا قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه او ارث عليه
بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي
واجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بان الولي انما لا يملك ذلك لانه لا يتحقق منه الا الاقرار فقوله من الحق
على نفسه وما يجب على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير فعل على الغير فيكون شهادة وشهادة
الفرد لا تكون حجة واما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار وعمل الاسم التجارة
لا بد لان الناس اذا علموا ان اقراره لا يقبل يحترزون عن معاملته فان من يعامله لا يتمكن من ان
يشهد عليه شاهدين فلهذا جاز اقراره انتهى قوله هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان
حاصله بيان لمية عدم صحة اقرار الولي على مال الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا
كما ترى فانه قاطع الايراد بان الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وههنا لم تتحقق الولاية القائمة فكيف
تتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال في الجواب
انه افاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اقول هذا الجواب
ايضا غير مستقيم لانه ان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فيملك ايضا نفس التجارة وتوابعها
التي من جملتها الاقرار على مال الصبي فممنوع اذ لا شك ان اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل من
مما لا يصح اصلا فانى يملكه الولي وان اراد ان الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جملتها اقرار الصبي على
مال نفسه وان لم يملك نفس الاقرار عليه فمسلم ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السؤال المذكور لانه لا يلزم
منه ان يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام في ان تملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي

ولاية متعدية من الولي الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي
بالاجماع فلم يكن له ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف يتعدى منه الولاية الى الصبي في حق
ذلك ولا يخفى ان حديث ان يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها في اثناء الجواب عن هذا الاشكال
يصير لغوا من الكلام ثم اقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية اذ قد
تقرر فيما مر ان الصبي يتصرف باهليته والصبي ليس بسبب الحجر لذاته بل لعدم هدايته واذن الولي
انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لا انه يكتسب الولاية من اذنه لان
الصبي لما كان من اسباب المرحمة بالحديث لم يؤهل الصبي اصلا لما هو ضار محض واهل لما هو نافع محض
قبل الاذن وبعده واهل لما هو دائر بين النفع والضرر بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع
التجارة دائر بين النفع والضرر اذ من لا يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فاهل
الصبي له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي فيتضح ان هذا توجيه حسن
وجواب شاف ينحسم به مادة الاشكال بالكلية

كتاب الغصب

ايراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين احدهما ان الغصب من انواع التجارة مآلا حتى ان
المأذون لما صح بديون التجارة دون غيرها صح بدين الغصب ولم يصح بدين المهر لكون الاول من التجارة
دون الثاني فكان ذكر النوع بعد ذكر الجنس مناسبا والثاني ان المغصوب ما دام قائما بعينه في يد الغاصب
لا يكون للغاصب الا رقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبته ما في يده من اموال التجارة وان كان
يتصرف فيه تصرف الملاك فذكر احد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا انه قدم الاذن في التجارة لانه
مشروع من كل وجه والغصب ليس بمشروع كذا في النهاية والعناية اقول في الوجه الاول بحث
من وجهين احدهما ان كون الغصب من انواع التجارة مآلا انما يفيد المناسبة بين الغصب وبين جنس التجارة
لا بين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس التجارة قط بل هو فك الحجر و
اسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل
جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني ان مناسبة ذكر النوع بعد ذكر الجنس متحققة في سائر انواع
التجارة ايضا فينتقض ذلك الوجه بها طردا ويمكن ان يجاب عن كل منهما بنوع عناية اما عن الاول فبان يقال
ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا انه متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان
للغصب مناسبة للاذن نفسه ايضا بواسطة تعلقه بجنس التجارة واما عن الثاني فبان يدعى
عدم لزوم الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن وتوالي ان هاتيك الوجوه مصححات لا موجبات
البتة فلا ضير في تحققها في غير ما سبقت له ايضا ثم ان الاظهر في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان
حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين هو ان المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف

لا باذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا انه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع انتهى وما علم ان محاسن الغصب من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديات فان المقصود من بيان كتاب الغصب هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضلا عن الحسن والطاعة بل هو عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها قوله وفي الشرع بعير اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده اقول لا بد من ان يزاد على هذا التعريف قيدان احدهما قيدا وتقصيريده بان يقال على وجه يزيل يده او يقصر يده لئلا يخرج عن تعريف الغصب في الشرع ما اخذه الغاصب من يد غير المالك كما اذا اخذه من يد المستاجر او من يد المرتهن او من يد المودع فان الغاصب في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده وقت الغصب وان ازالة اليد فرع تحققها الا انه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور ايضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا اخذ مال متقوم بغير اذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده او تقصير يده ان لم يكن في يده انتهى وهكذا قال في الكافي ايضا وثانيهما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل في تعريف الغصب شرعا السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بان كان الغصب على سبيل الجهاد والسرقة على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر لتعريف الغصب شرعا في الكتاب ثم اعلم ان صدر الشريعة قد تنبه للزوم زيادة القيد الثاني على هذا التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد ان يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية ليخرج السرقة انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت اليس يصدق الحد المذكور على السرقة قلت نعم الا ان في السرقة خصوصية بها كانت من جملة اسباب الحد فدخل مسائلها باعتبار تلك الخصوصية في الحدود وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاخراجها عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على سبيل الخفية ولم يدر انه حينئذ يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور اذ لا منع لشيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليها لو زيد على التعريف المذكور قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها ان يكون على سبيل الخفية كما تقرر في كتابها ولا شك ان قيد على سبيل المجاهرة او لا على سبيل الخفية ينافي الصدق على ما كان على سبيل الخفية فاذا كانت السرقة بخصوصيتها التي كانت من جملة اسباب الحد داخلة في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لان يكون حدا للغصب في الشرع والا لزم ان تكون السرقة بخصوصيتها

غصبا

غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة للقطع بتخالف حكمي السرقة والغصب في الشرع وعلما قوله وذلك لا ينافي دخولها باعتبار اصلها في الغصب كما لا يخفى والثاني ان قوله كالشراء من الفضولي فانه غصب مع انه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجرد الشراء من الفضولي ليس بغصب وانما الذي يصير غصبا اخذ المشتري من يد الفضولي بغير اذن المالك وهو ليس ببيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع اصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث ان قوله كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية في قوله ولم يدر انه ح يخرج عنه بعض افراد الغصب كاخذ مال غير محرز على سبيل الخفية ليس بصحيح لانه اذا كان غير محرز كيف يتصور اخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز ينافي الاختفاء وعن هذا قال صاحب الهداية في فصل الحرز والاخذ منه من كتاب السرقة الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق بدونه انتهى ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه اخر حيث قال بدل قولهم بغير اذن المالك بلا اذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا اذن مالكه لان كون المأخوذ ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف وليس بمملوك اصلا صرح به في البدائع انتهى اقول وفيه ايضا خلل لان الوقف في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد وهذا كله مما تقرر في اول كتاب الوقف فعلى كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك اصلا ولئن سلم تمام ذلك فيكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه مغصوبا غصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره ايضا بنوع من التعدي والجناية الا يرى ان زوائد المغصوب كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق ازالة يد المالك عنها بناء على ان يد المالك ما كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي امانة في يد الغاصب فهلكت لا يضمنها عندنا كما صرحوا به قاطبة وسيجيء في الكتاب مع انه اذا تعدى فيها يجب عليه الضمان بالاتفاق على ما صرحوا به قاطبة ايضا وسيجيء في الكتاب وكذا اذا قتل رجل عبد رجل خطاء في يد مالكه يجب عليه ضمان قيمة العبد بلا خلاف مع ان ذلك ليس بغصب في الشرع عند احد وبالجملة فرق بين ضمان الغصب وضمان الاتلاف كما نصوا عليه فمن اين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فتحتاج الى تغييره قوله حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط لانه بالاستخدام والحمل اثبت يد التصرف عليه ومن ضرورته ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط لان البسط فعل

ثم دفع ما عبارة الشارح في تحرير تعريف الغصب [illegible] الوقف وغيره ذكر [illegible] استعمال لفظ الغصب في الوقف الا ان المراد بالغصب [illegible] منعا للتعدي [illegible] الكتاب [illegible] فتكلف [illegible] سعد

المالك وقد يتجاوز فعله الاستعمال وما يشبه اثر فعله تبقى بيده فلم توجد ازالة يد المالك فلم يتحقق الغصب كذا
قال ابن العز وفي كلام المص هنا مؤاخذة لفظية وهي في قوله وحمل الدابة يعني والحمل عليها وحقه ان يقول
وتحميل الدابة لان حمل لا يتعدى بنفسه الى اثنين وانما يتعدى بنفسه الى احدهما والى الآخر بحرف الجر تقول
حملت المتاع على الدابة فيصح اضافة المصدر منه الى المتاع لا الى الدابة فتقول حمل المتاع ولا تقول حمل الدابة
الا ان يضعف الفعل فيتعدى الى اثنين بنفسه فتقول حملت الدابة المتاع فيصح اضافة مصدره الى الدابة
فتقول تحميل الدابة لان التحميل مصدر حمل المص للتعدية انتهى كلامه اقول هذا الذي ذكره ظاهر وكان
صاحب الكافي غير هذا غير عبارة المص هنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والحمل على دابة الغير غصبا ولكن
يمكن توجيه كلام المص هنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي فتحا لباب طلبها حيث
قال والاصل ان يقال بالمواظبة عليها اي على العبارة الا انه نزع الخافض وعدى المصدر بالايصال انتهى
وقصد به الجواب عن قول المحقق التفتازاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها نظر والصواب بالمواظبة
عليها انتهى تامل قوله ثم الكاذ مع العلم بحكمه الماثم والغرم وان كان بدونه فالضمان اقول
هذا انما يتم فيما اذا هلك المغصوب في يد الغاصب واما اذا كان قائما في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب
وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمها الكلي دون حكمه الخاص بصورة الهلاك اللهم الا ان يبني كلامه ههنا
على ما قيل ان الموجب الاصلي للغصب مطلق هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء ذكره ولكنه قول ضعيف على
ما يدل عليه تقرير المص فيما بعد وصرح به في الشروح ثم كيف يليق بمثل المص ان يبني كلامه على ذلك قوله
ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية قال في النهاية والعناية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة
جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة المغصوبة لان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية انتهى
اقول الظاهر ان المقصود من التعرض هنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية
دفع ورود سوال على ان يكون في ايجاب المثل مراعاة المالية بظهور تحقق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة
والرداءة ولكن انه قاصد بذلك غير واضح عندي لانه ان اريد بكون الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية
انه لا تفاوت بين جيدها ورديها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في التعارف ظاهر
جدا وان اريد بذلك انه لا عبرة بالتفاوت بين الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع
لقول النبي صلى الله تعالى عليه وسلم جيدها ورديها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يندفع به السوال المتجه
على قول المص هنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بان مراعاة المالية في ايجاب المثل غير مسلم لتحقق الاختلاف
بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضي التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذوي فطرة سليمة
ان عدم الاعتبار لتفاوت الاموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند اهل الشرع بديهة دفعه ذلك السوال
هنا اذ لو كان عند عدم اعتبار لتفاوتهما في ذلك لا تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوي في الوصف ايضا

تامل نفقد قوله لابي يوسف انه لما انقطع التحق بالاشل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو
الموجب قال صاحب النهاية فان قلت لم قدم قول ابي يوسف في التعليل ولم يوسط كما هو حقه قلت يحتمل ان
يكون ذلك لوجهين احدهما ان يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب
لان المغصوب دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب فيجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب والثاني
لاثبات الاقوال الثلثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان اول الاوقات من هذه الاقوال الثلثة
يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الازمنة لم يتات الا
بتقديم قول ابي يوسف ثم بقول محمد ثم بقول ابي حنيفة رحمهم الله انتهى كلامه وقد ذكر الوجه الثاني فقط
بطريق الاجمال في معراج الدراية ايضا وكذا ذكر ذاك الوجه فقط في العناية ايضا ولكن بطريق النقل بقيل
اقول كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه اما الاول فلان ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل ابي يوسف
لان المغصوب المثلي انما دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل الى ضمان القيمة بالانقطاع
كما افصح عنه المص في ذكر دليل محمد فمن اين يجب ان يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع
حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضي تأخير دليله اذ من عادة المصنف المستمرة ان يؤخر
القوي عند ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر بمنزلة الجواب عن المقدم وان كان يقدم القوي في
الاكثر عند نقل اصل الاقوال وهذا مما لا يستتر عند من له قدم راسخ في معرفة اساليب كلام المص واما
الوجه الثاني فلان اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعلق به نظر فقهي اصلا فتغيير المص
اسلوبه المقرر بمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشانه الرفيع فالوجه عندي ان المص جرى هنا ايضا
على عادته المقررة من تأخير الاقوى فالاقوى عنده في ذكر الادلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب
من المتأخر للمتقدم كما حصل هنا ايضا ذلك على ما يشهد به التأمل الصادق قال صدر الشريعة في شرح
الوقاية اقول قول ابي يوسف اعدل لانه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكثرة
الرغبات وقلتها وفي المعدوم هنا متعذر او متعسر ويوم الانقطاع لا ضبط له وايضا لم ينتقل الى القيمة
في هذا اليوم اذا لم يوجد لمالك طلب وايضا عند وجود المثل لم ينتقل وعند عدمه لا قيمة له ايضا كلامه وقال
بعض الفضلاء بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن ان يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحد الانقطاع
ما ذكره ابو بكر البلخي وهو ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا الانقطاع
الدائم انتهى وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح اقول ويمكن رد هذا الكلام
بانه يجوز ان يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في الخارج
مطلقا وكانه لهذا قال وفي المعدوم هنا متعذرا ومتعسر يعني انه بعدما عدم في السوق الذي يباع فيه
اذا لم يوجد في البيوت ايضا يتعذر التقويم وان وجد فيها يتعسر التقويم لان معيار تقويم المقومين هنا

السوق الذي يباع فيها الاشياء، وفي غير ذلك لا يتيسر التقويم العادل وكذا مراده بعدم تقادم شيء
في قوله لم يبق شيء منه في يوم الخصومة عدم تقادمه في السوق الذي يباع فيه فطاهنا لا يمكن الجواب
عنه بما ذكره ابو بكر البلخي في حد الانقطاع كما لا يخفى قوله بخلاف ما لا مثل له لانه يطالب بالقيمة
باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك اقول فيه اشكال لان هذا لا يتم على ما سيجيء
عن قريب من ان الموجب الاصلي في الغصب على ما قالوا هو رد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا اذ
المطالب باصل السبب ح فيما لا مثل له ايضا انما هو رد العين لانه الواجب الاصلي مطلقا وانما ينتقل
الى القيمة بهلاك العين فينبغي ان يعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت وجود اصل السبب وهو الغصب
الا يرى ان الواجب بعد هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع
عند محمد فيعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند ابي ح فيعتبر قيمته وقت الخصومة
والقضاء عنده ولا يعتبر قيمته وقت وجود اصل السبب عند احد منهما وبالجملة الفرق بين ما لا مثل له
وبين ما له مثل على قول ابي حنيفة ومحمد بان القيمة يعتبر في الاول عند وجود اصل السبب وفي الثاني
عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قالوا ان الموجب الاصلي في الغصب مطلقا رد العين وانما
رد القيمة مخلص خلفا كما سيجيء واما على ما قيل ان الموجب الاصلي غير هو القيمة ورد العين مخلص كما سيجيء
ايضا فلا يتم دليل ابي حنيفة ولا دليل محمد راسا اذ في كل منهما تصريح بان الموجب الاصلي في الغصب غير القيمة
وانما ينتقل اليها بامر عارض فالمقام لا يخلو عن الاشكال على كل حال قوله وما لا مثل له فعليه قيمته
يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة يعني معنى قول القدوري في مختصره وما لا مثل له العدديات المتفاوتة
قال صاحب العناية اخذا من النهاية وتحقيقه ان معناه الشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه لان الذي لا مثل له
في حقيقته هو الله تعالى وذلك كالعدديات المتفاوتة مثل الدواب والثياب انتهى اقول هذا الذي
ذكراه تحقيقا مما لا طائل تحته بل لا حاصل له لانه ان اراد بالشيء الذي لا يضمن بمثله من جنسه ما لا يكون
له مثل من جنسه ولا يضمن بمثله من جنسه فيما فيه تعليله بقوله لان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى
لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير جنسه ايضا بالاولوية فلان يكون له مثل ما دون قد
قال في التعليل ان الذي لا مثل له في الحقيقة هو الله تعالى فكيف يتصور ان يكون ذلك معنى قوله ما لا مثل له وفي قوله
وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان اراد بذلك ما له مثل من جنسه ولكن لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن
بقيمته كما هو الظاهر من تعليله فلا تعديا ان يكون هذا معنى قول القدوري وما لا مثل له في قوله وما لا مثل له
فعليه قيمته يلزم الاختلال في وضع المسألة اذ يصير معنى المسألة وما لا يضمن بمثله من جنسه بل يضمن
بقيمته فعليه قيمته اي يضمن قيمته فيشبه جواب المسألة بلغو من الكلام لكونه معلوما بصدر المسألة وبالجملة
تفسيرهما الاشل له في هذه المسألة بما لا يضمن بمثله كما فعله صاحب النهاية والعناية وكذا تفسيرها الاشل

في المسألة الاولى بما يضمن بمثله كما فعله صاحب العناية مما لا يقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب
المسألة في صدر المسألة فيكون معنى قولهم في المسألة الاولى ايضا ومن غصب شيئا له مثل فهلك في يده فعليه
ضمان مثله ومن غصب شيئا يضمن بمثله في الغصب فهلك في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك
واللاغية والحق عندي ان المراد بالمثل في المسألة الاولى ما له مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي
ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لا مثل له في هذه المسألة ما لا مثل له صورة ومعنى وان كان له مثل
معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد افصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال في قبل ان المثل
نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو
المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل انتهى
فيصير معنى هذه المسألة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم الكلام بلا كلفة
قال في الكافي بعد ذكر مسألتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما تلونا ولنا ما روي
عن شريح من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص انتهى اقول يرد عليه انه
لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيئا له مثل
كالمكيل والموزون فهلك في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسألة الاولى وهو الذي اشار اليه
في الكافي بقوله لما تلونا فتدبر قوله اما العددي المتقارب فهو كالمكيل قال في النهاية وانما اقتصر
على المكيل ولم يقل كالمكيل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثلي وهو الموزون الذي في تبعيضه
ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت انتهى اقول لقائل ان يقول لو كان اقتصاره على المكيل لذلك
الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر ايضا حيث قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه
مثله وليس فليس وايراد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نقل ما في النهاية وليس بواضح
لان من المكيل ما هو كذلك كالبر المخلوط بالشعير فانه لا مثل له ففيه القيمة انتهى اقول
يمكن ان يجاب عنه بان الظاهر ان مراد المص بالمكيل في قوله اما العددي المتقارب فهو كالمكيل ما يجب
مثله لعدم التفاوت وهو المكيل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البر المخلوط بالشعير القيمة
لانه لا مثل له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع الكيل في تحقق المماثلة في الكيل كما تقرر في باب
الربا من البيوع قوله والغصب فيما ينقل ويحول اي الغصب يتحقق فيما ينقل ويحول بدليل قوله
لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم ان المقصود بيان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول
دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول اذ لا خلاف ولا اشتباه وانما الخلاف والاشتباه في عدم
تحققه في غير المنقول فهو المقصود الاصلي بالبيان ههنا فالقصر معتبر في التركيب المذكور اعني قوله والغصب

فيما ينقل ويحول كما اشار اليه تاج الشريعة حيث قال في تفسير ذلك اي تحقق الغصب في المنقول دون غيره
واشار اليه صاحب العناية ايضا حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لا في العقار بل اشار اليه المصنف نفسه
حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في افادة الحصر الذي ركب
المزبور فاذا قلنا انما هو تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرح به في علم
الادب ومثلوا بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش **قوله** لان الغصب بحقيقته يتحقق
فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل **اقول** لقائل ان يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل
الاتي في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من احاط بحقيقة المقام خبرا وبذكر
التفصيل الاتي هناك يستغنى عن ذكر هذا الدليل فالاحسن ان يكتفى بما سيأتي في تعليل جواب مسئلة غصب العقار
المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما اكتفى ببيان الخلاف هناك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هناك يتحقق
ههنا ايضا لا محالة **قوله** واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه **اقول** كان الاولى بالمصنف ان يذكر
الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقارا الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي ان يظهر
علامة التفريع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب فذكرت كلمة الفاء في عامتها وكلمة ثم في المحيط حيث قال
فيه ثم شرط عند ابي حنيفة كون المأخوذ منقولا وهو قول ابي يوسف الاخر حتى ان غصب العقار عند ابي حنيفة وابي
يوسف الاخر لا ينعقد موجبا للضمان انتهى والعجب ان كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدوري
قيدها المصنف بالواو في الهداية والبداية ثم اقول المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقارا هو الغصب
اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه ان يقال قد تقرر فيما مر ان حكم الغصب مطلقا عند هلاك العين
المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العقار وهلاكه في يد
الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الاول فلا منافاة
قال بعض الفضلاء اطلاق لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة انتهى **اقول** فيه ان المصير
الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وههنا الحقيقة اللغوية متيسرة فلا يصار الى المجاز اللهم الا ان يريد
بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي
ولكن حق الاداء ما قررناه كما لا يخفى قال صاحب غاية البيان وقد اختلف عبارات مشايخنا في غصب
الدور والعقار على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه يوجب
الضمان واليه مال القدوري في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه عند ابي حنيفة وابي يوسف
لانه اثبت الغصب ونفى الضمان وقال بعضهم لا يتحقق اصلا واليه مال اكثر المشايخ انتهى **اقول**
فيه نظر لانه ان اراد ان بعضهم قال يتحقق فيها الغصب الشرعي على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فلا
ذكره اذ لم يقل احد ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيها كيف ولو قال احد منهم بذلك لم يقل لا على وجه يوجب

الضمان

الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم متقرر لمطلق الغصب الشرعي لا يتخلف عنه
احد وان اراد بالغصب في عبارة من اثبت الغصب ونفى الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وان اراد
ان بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا يوجب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها اللغوي ايضا فلا
ان احدا قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما مر في صدر الكتاب اخذ الشيء من الغير على سبيل
التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك اصلا فضلا عن ازالة يده بفعل في العين
كما هو المانع عن تحقق الغصب الشرعي عندهما في العقار على ما ستعرفه فلا يتصور ممن له ادنى تمييز انكار تحقق الغصب
اللغوي في العقار فضلا عن مثل مشايخنا هؤلاء الاجلاء **قوله** ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد
المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل منه لا في
العقار قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولابي حنيفة وابي يوسف ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك
اي بسبب ذلك وهذا اي المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه اي اخراج المالك
عنها اي عن العقار بمعنى الضيعة او الدار وهو اي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد
والكل ينتفي بانتفاء جزئه انتهى **اقول** في تقريره قصور اما اولا فلانه جعل الباء في قول المصنف
بازالة يد المالك للسببية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة
يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك لكون الاول وجوديا واصلا صادرا
من الغاصب والثاني امرا عدميا متفرعا على الاول وايضا لو كان الباء المذكورة للسببية كان معنى كلام
المصنف ولهما ان الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعل في العين فلا يفهم منه كون الغصب
عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعل في العين كما هو المقصود فالوجه ان يكون
الباء ثمة للمصاحبة فيكون المعنى ولهما ان الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعل في العين
حتى ينتظم المعنى ويحصل المقصود واما ثانيا فلان المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد
ان لا يتحقق ازالة اليد اصلا في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد صرح في تعليل قول محمد
ان من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة
وفي تعليل قولهما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست تقابل المنع والمنع لتقررها وبداهتها
فلا جرم كانت مسلمة عندهما ايضا فكيف يتم تقرير دليلهما بوجه يشعر بانتفاء ازالة اليد اصلا
في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما وحل كلام المصنف ههنا ان يقال ولهما ان الغصب اثبات
اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين وبفعل في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد
انما هو زوال يد المالك مطلقا لا زوالها بوجه خاص وهو ان يكون بفعل في العين وهذا يعني مجموع
ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعل في العين لا يتصور في العقار

لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها اي عن العين المغصوبة وهو اي ذلك الاخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعل في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عند هلاكه في يد الآخذ وبهذا التقرير ثبت مدعى الامام الاعظم والامام الثاني وتخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي كما لا يخفى على ذي فطنة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال وليت شعري باي دليل ثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد تحقق في اخراج المالك اظهر انتهى اقول قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال ولهما اي ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله على اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على ان هذا شرط تحقق الغصب الاستدلال بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداء بالمثل الى هنا كلامه فتامل ثم اورد ذلك البعض على قولهما المص في تعليل قولهما وهذا لا يتصور في العقار بان قال للخصم ان يقول انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد فتامل انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ ليس في الخصوم من ينكر تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرفته آنفا فكيف يتصور ان يقول الخصم انما لم يضمن فيه لانتفاء اثبات اليد قوله وفي اكثر نسخ المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق ان الغصب فيما ينقل اقول لقائل ان يقول ان اراد ان الغصب الشرعي فيما ينقل فهو مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور هنا في اكثر نسخ المختصر لجواز ان يكون المراد بذلك الغصب اللغوي وهو يعم المنقول وغيره الا يرى انه ذكر الغصب فيما مر في قوله واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه واراد به معناه اللغوي لا محالة وان اراد ان الغصب مطلقا فيما ينقل فهو ممنوع جدا ويمكن ان يجاب عنه بان المراد هو الاول ولا يرد جواز ان يكون المراد بالغصب المذكور هنا في اكثر نسخ المختصر الغصب اللغوي دون الشرعي لان المعنى اللغوي في المنقولات الشرعية معنى مجازي بالنظر الى وضع اهل الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم البيان ايضا فلا بد في ارادة المعنى اللغوي بالمنقولات الشرعية في تخاطب اهل الشرع من قرينة وهنا القرينة منتفية فوجب الحمل على المعنى الشرعي بخلاف قوله فيما مر واذا غصب عقارا فان قوله قبل ذلك في الغصب فيما ينقل ويحول قرينة على ان يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوي دون الشرعي تدبر قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان مسئلتنا هذه يعم المثلي وغير المثلي من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلا منهما معا اذ قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يمشي في صورة المثلي على قول ابي حنيفة ومحمد اذ قد تقرر فيما تر لدى المتبوع هاتيك الصورة عند ابي يوسف قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع

فلم يتم التقريب بكون المسئلة اتفاقية قوله فان نقص في يده ضمن النقصان لانه يدخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته اقول في هذا التعليل قصور اذ قد صرح في عامة الشروح بان مسئلتنا هذه يعم ما كان النقصان في بدن المغصوب مثل ان كان جارية فاعورت او ناهدة الثديين فانكسر ثديها وما كان في غير بدنه مثل ان كان عبدا محترفا فنسي الحرفة ولا يخفى ان التعليل المذكور لا يمشي في الصورة الثانية لان النقصان فيها من حيث الاوصاف دون الاجزاء فالاولى في التعليل ان يقال لانه يدخل في جميع اجزائه واوصافه في ضمانه بالغصب فانه اوفى بالصورتين معا ولذا قال في الاتقاني وبخلاف البيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تامل تقف قوله ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا يعني ان مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي واما في الربويات اي في الاموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا فلا يمكن للمالك تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا هذا فحوى كلامه اقول لقائل ان يقول عدم تمكنه مسلم فيما اذا كان نقصان الربويات في الاوصاف كما اذا غصب حنطة فعفنت في يده اذ لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الاموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الاصل الى الربا لا محالة واما فيما اذا كان نقصانها في الاجزاء كما اذا غصب كيليا او وزنيا فتلف بعض اجزائه فنقص قدره كيلا او وزنا فيمكن لصاحبها التضمين مع استرداد الباقي من الاصل بلا تادّ الى الربا اصلا كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم امكان تضمين النقصان مع استرداد الاصل في الربويات مطلقا فتامل قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المص ومراده اي مراد القدوري بقوله وان نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي اما في الربويات كما اذا غصب حنطة فعفنت عنده او اناء فضة فانهشم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا لكن صاحبه بالخيار ان شاء اخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وان شاء تركه وضمنه مثله الى هنا كلامه اقول تقرير صاحب العناية هنا وان كان مطابقا لما ذكر في الكافي وما ذكره في النهاية نقلا عن الايضاح الا انه منظور فيه عندي اما اولا فلانه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية نفسها في مسائل المتفرقات ايضا بان الوزني الذي في تبعيضه ضرر كالمصوغ من القمقم والطشت ليس بمثلي بل هو من ذوات القيم ولا شك ان اناء فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات هنا باناء فضة انهشم في يده واما ثانيا فلانه كيف يصح قوله وان شاء تركه وضمنه مثله وتضمين المثل انما يتصور في المثليات دون ذوات القيم التي منها اناء فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر آنفا فلعل الحق في حكم غصب اناء فضة اذا نقص في يده ما نقل صاحب الغاية عن مختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي من ان صاحبه بالخيار

ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وعبارة الكرخي هكذا وان كان اناء
فضة فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك ان كان الاناء
من ذهب فهو بالخيار ان شاء اخذه بعينه وان شاء اخذ قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط
بطريق التفصيل غير ان الواقع فيه قلب فضة بدل اناء فضة حيث قال في المبسوط وان استهلك قلب فضة فعليه
قيمته من الذهب مصوغا عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على اصله ان للجودة والرداءة والصنعة في الاموال
الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلو اوجبنا مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربا ولو اوجبنا
مثل وزنها كان فيه ابطال حق المغصوب منه عن الجودة والصنعة فلمراعاة حقه والتحرز عن الربا قلنا يضمن
القيمة من الذهب مصوغا **قوله** لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان فظاهر وكذا الملك لان
المضمونات تملك باداء الضمان مستندا عندنا اقول فيه نوع تامل لان الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو بعض
الفائت من المغصوب دون مجموع المغصوب لان الكلام فيما اذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان
مع استرداد الاصل والظاهر ان الغلة اي الاجرة بمقابلة منافع مجموع العبد المغصوب المستغل لا بمقابلة
منفعة وصف الفائت فقط فما وجه القول بان لا يتصدق بشيء من الغلة اصلا فتفكر **قوله** ولهما
فالا تصدق بغلته ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا فسر جمهور الشراح وقت الاستعمال
بوقت استهلاك الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط بعبارة صريحة فيما فسروا به وقت الاستعمال
حيث قال في المبسوط فاذا اصاب بعد ذلك لا يتصدق بغلته ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني
وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه ان يتصدق بشيء من ذلك انتهى اقول فيه اشكال
لانه يجوز ان يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في اداء الثمن
الى المشتري ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة
الى صاحبه في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصدق بمثلها عند اصابته مالا اولا يرى انه لو صرفها الى حاجة غيره
من سائر الفقراء لم يلزمه التصدق بمثلها من بعد اصلا ففيما اذا صرفها الى حاجة نفسه حال فقره كان اولى بذلك
كما صرحوا به فيما قبل اللهم الا ان يقال وجه تاثير الغنى السابق في تلك الصورة هو انه لو لم يستهلك الثمن حال
غناه بلا ضرورة لاحتمل ان يبقى ذلك الثمن الى وقت لزوم اداء الثمن الى المشتري فلا يحتاج الى الاستعانة
بالغلة لكن ذلك الاحتمال امر موهوم يبعد ان يكون مدارا للحكم الشرعي فتدبر وفسر تاج الشريعة وقت
الاستعمال المذكور في كلام المص بوقت الصرف الى حاجة نفسه اقول هذا هو الظاهر ولكن فيه ايضا
شيء وهو ان الصرف الى حاجة نفسه انما يجوز له اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما افصح عنه المص بقوله الا له
ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه اذا كان لا يجد اليه غيره ولا يخفى انه اذا كان لا يجد غيره في ذلك
كان فقيرا البتة فلم يكن وجه لترديد المص بقوله فلو اصاب مالا تصدق بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال

قال في البدائع وان كان المغصوب اناء فضة او ذهب فاستهلكه الغاصب فالمالك بالخيار ان شاء اخذه بعينه ولا شيء له غيره وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه لان الجودة [illegible] الاصل لا قيمة لها [illegible] التضمين [illegible] ... قدير

وان كان

وان كان فقيرا فلا شيء عليه اذ معناه فيجد ان صرفها الى حاجة نفسه لو اصاب مالا الخ الكلام الا ان يقال يجوز ان
يكون غنيا ولا يجد غيره لكن بان كان ابن السبيل فتامل **قوله** فقوله في الكتاب يشتري بها اشارة الى ان
التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها اقول في عبارة المص هنا تسامح لان حاصل الجواب الذي
يقال فقوله في الكتاب يشتري بها اشارة الى نفسه والى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى
بها ونقد منها نفس ما في الكتاب وقوله ونقد منها امر مغاير له ولا معنى للقول بان الشيء اشارة الى نفسه
والى غيره كما لا يخفى فالظاهر ان يقال فقوله في الكتاب يشتري بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا
اشار اليها ونقد منها اذ ح لا يلزم المحذور المذكور ويظهر المقابلة بقوله بعد واما اذا اشار اليها ونقد من
غيرها او نقد منها واشار الى غيرها كما لا يذهب على ذي مسكة ثم ان ماخذ قول المص ثم هنا طرق فيما يتعين
بالاشارة الى قوله وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير ولفظه اذا اشار اليها ونقد منها بدل لقول المص اذا اشترى بها ونقد منها فانه قال هنالك
وهذا واضح فيما يتعين بالاشارة اليه فاما في الدراهم والدنانير فقد ذكر في الكتاب اذا اشترى بها
يتصدق بالربح وظاهر هذه العبارة يدل على انه اراد بها اذا اشار اليها ونقد منها وكان الكرخي يقول
في المسئلة ان ذلك على وجوه اما ان يشير اليها فينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يطلق
اطلاقا وينقد منها او يشير الى غيرها وينقد منها وفي كل ذلك يطيب الا ان يشير اليها وينقد منها فان
الاشارة اليها لا يفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا ان يتاكد بالنقد منها قال مشايخنا
لا يطيب بكل حال ان يتناول من المشتري قبل ان يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال واطلاق الجواب
هنا وفي المضاربة والجامع الكبير دليل على هذا القول وهو المختار الى هنا لفظ فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير وقال في الذخيرة قال مشايخنا الفتوى اليوم على قول الكرخي لكثرة الحرام دفعا للحرج عن الناس
وعلى هذا تفرع راي الصدر الشهيد وشمس الائمة السرخسي

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين او المثل والقيمة اعقبه بذكر
ما يزول به ملك المالك لانه عارض وحق الفصل عما قبله انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما
يزول به ملك المالك وان كان عارضا لاصل الغصب الا ان رد المثل او القيمة متفرع على تحقق هذا
العارض فان موجب الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل او القيمة الا بعد هلاك العين كما تقرر فيما مر
فلم يكن رد المثل والقيمة حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتاخير احرى منه واما ثانيا فلان
كون ما يزول به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاقه للتاخير لا لفصله عما قبله بان يورده في فصل على حدة
فلم يتم قوله وحق الفصل عما قبله وكان صاحب الغاية تدارك حيث قال لانه عارض فناسب ان يذكر بعد
ذلك لكن لا يتم به تمام التقريب اذ المقصود بيان وجه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل

لا يقال لم ذكر رد المثل والقيمة فيما قبل [illegible] رد العين [illegible] ... الاول فتامل

على جرى الابيان وجه تجرده ذكره متاخرا عما قبله قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها
وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها
قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بفعله مثل ان صار العنب زبيبا بنفسه او خلا او الرطب
تمرا فان المالك فيه بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة
فذبحها فانه لم يزل بالذبح المجرد ملك مالكها لانه لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشاة حية وقوله وعظم منافعها
ليتناول الحنطة بجعلها هريسة وكشكا ونشا وبذرا وغيرها تزول بالطحن والظاهر انه تاكيد لان قوله
زال اسمها يتناوله فانها اذا طحنت صارت تسمى دقيقا لا حنطة الى هنا لفظ العناية اقول فيه نظر
فان كونه قيد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا لمجرد التاكيد مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات من
المطولات والمختصرات على الاطراد بعيد جدا لا يتقبله الطباع السليمة فالحمل عليه من ضيق العطن والصواب
انه احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها وارَّبها فانه لا يزول بالذبح والتاريب ملك مالكها كما سياتي في الكتاب
مع انه زال اسمها بعد التاريب ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمية كما سياتي في التصريح به في عامة الشروح حتى
العناية نفسها ولهذا لم يزل ملك مالكها عنها تدبر قوله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان
عنده قال بعض الفضلاء الظاهر ان المراد نقصان القيمة اقول فيه نظر بل ممنوع كيف وقد قال عامة
الشراح في بيان قول المصنف فيما سياتي ولنا انه احدث صنعة متقومة لان قيمة الحنطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا
قيمة الشاة تزداد بطبخها فاذا ازدادت قيمة الحنطة بجعلها دقيقا فانى يتصور هناك نقصان القيمة بل الظاهر ان المراد
نقصان الوصف كما اذا عفنت وقد افصح عنه صاحب النهاية حيث قال لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكانه
اذا اخذه كما قبل الطحن ثم قال والدليل على بقاء جنس الحنطة فيه جريان الربوا بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار
المجانسة وقال فلما ثبت المجانسة بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ عين الحنطة ولو اخذ
عين الحنطة كان لا يجوز ان ياخذ معها شيئا اخر لنقصان صفتها بسبب العفونة لادائه الى الربوا على ما عرف
فكذلك هنا انتهى كلامه اللهم الا ان يكون مراد ذلك القائل ايضا بنقصان القيمة نقصانها بسبب فوات الوصف
لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر من تنزيله اضافة النقصان الى الوصف لا الى القيمة كما
لا يخفى قوله وللشافعي ان العين باق الخ قال صاحب العناية قوله وللشافعي عطف على قوله لانه يؤدي
الى الربوا اقول ليس هذا بسديد فان الواو غير موجودة هنا في نسخ الهداية الصحيحة اصلا وكونها
موجودة هنا فالظاهر انها للاستئناف اذ لو كانت للعطف على قوله لانه يؤدي الى الربوا لزم الفصل بين المعطوفين
بكلام اجنبي وهو قوله وعند الشافعي يضمنه وقوله وعن ابي يوسف انه يزول الخ عنه الى اخره ولا يخفى على من
له خبرة باساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمعزل عن شان صاحب الهداية وقد رد عليه بعض الفضلاء بوجه اخر
حيث قال فيلزم ان يكون تعليلا لعدم جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف هنا خلف انتهى اقول ليس هذا

بنبغي

ينبغي لان منع قول الشافعي ان العين باق انما هو لاثبات مذهبه كذا وهنا هو المحل ايضا على تقدير ان يكون
وللشافعي عطفا على قوله لانه يؤدي الى الربوا اذ لو فاثبات مذهب ابي يوسف كذا حتى يلزم ان يكون تعليلا لعدم
جواز ضمان النقصان عند ابي يوسف كيف ولو لزم ما توهمه المحذور هنا للزم ذلك في كل موضع الخلاف
يقال فيه عندنا قاصدة اول المذاهب كذا وله كذا ولنا كذا اذ لا شك ان المذكور ثانيا او ثالثا هناك الادلة بالواو
معطوف على الاول مع ان مدعى كل واحد منها يخالف الاخر ومن جملة ذلك قوله فيما نحن فيه ولنا انه احدث صنعة
متقومة فانه معطوف قطعا على قوله للشافعي ان العين باق مع انه ليس تعليلا لما علل به الشافعي بل كيف
فالوجه في صحة العطف في امثال ذلك كلها ان المعنى ان له في اثبات مذهبه كذا ولنا في اثبات مذهبنا كذا
ولا محذور فيه اصلا فاحفظ هذا فانه ينفعك في مواضع شتى قوله بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد
الذبح والسلخ هذا جواب عن قول الشافعي وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وارَّبها وتقريره ان العلة
حدوث الفعل من الغاصب على وجه يتبدل الاسم واسم الشاة بعد الذبح باق لانه يقال شاة مذبوحة مسلوخة
كما يقال شاة حية فان قيل الكلام فيها بعد التاريب ولا يقال الشاة مُعضّاة بل يقال لحم معضى فقد حصل الفعل
وتبدل الاسم ولم ينقطع حق المالك اجيب بانه كذلك الا انه لما ذبحها فقد ابقى اسم الشاة فيها مع ترجيح جانب
اللحمية فيها اذ معظم المقصود منها اللحم ثم السلخ والتاريب بعد ذلك لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل
يحققه فلا يكون تبدل العين كذا في العناية وغيرها اقول الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف
فيما ذكره جوابا عما استشهد به الشافعي في مسئلة ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وتاريبها فانه علل المخالفة بينها وبين
بين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والسلخ فورد عليه فلم يتحقق المخالفة بينهما وبين ما نحن
فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جوابا عما استشهد به الشافعي نعم يمكن ان يجاب عما
استشهد به الشافعي راسا بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور اجابة المصنف عنه ورود السؤال
المزبور على ذلك فلا يتم التقريب قوله وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه
لانه لا يقضي الا بطلبه في المعنى المراد من قوله او ضمنه الحاكم ومن قوله او ضمنه المالك نوع اشتباه ومن هنا
اختلفت عبارات الشراح وتفسيرها فقال صاحب الكفاية في شرح قوله او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون
المغصوب منه من كان القاضي وليا له او ان يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضي الا بطلبه
انتهى واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله او ضمنه الحاكم اي اذا كان المغصوب مال اليتيم او
الغائب وكذا اختار صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني اذا كان مال اليتيم اقول يرد على الاحتمال
الاول ان قول المصنف في التعليل لانه لا يقضي الا بطلبه غير مساعد لذلك لانه من كان القاضي وليا له لا يلزم منه الطلب
في قضاء القاضي بحقه بل قد لا يتصور منه الطلب كما اذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية اصلا ويرد على
الاحتمال ان قول المصنف فيما بعد هنا وكذا اذا ادى بالقضاء يأتي في ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن ان يجاب عن الاول

فقطعا انه يقال للطحين الشاة التي ذبحت ثم اربت ولا اشكال ان اسم الشاة لم يبق بعد التاريب صح

عن الاول بان طلب القاضي في حكم طلبه كان القاضي هو الذي ثابتا فكان القضاء هناك ايضا بطلب
المغصوب منه حكما وعن الثاني بانه يجوز ان يكون المراد بالقضاء على تقدير ان يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان
مجرد القضاء بالضمان بدون وقوع اداء البدل من الغاصب على ما هو المراد بقوله قبيل ذلك وكذا اذا ادى القضاء اداء البدل
والقضاء فافترقا فلا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا على مقدار
من الضمان انتهى اقول يرد عليه ايضا ان قول المص فيما قبل وان ادى البدل يباح يغني عن هذا المعنى لان اداء
الغاصب البدل يستلزم اخذ المغصوب منه الضمان فيلزم ان يكون قوله او ضمنه المالك مستدركا ويمكن ان يجاب
عنه بانه يجوز ان يكون المراد بتضمين المالك اخذ الضمان بغير رضى الغاصب وبغير القضاء دون مطلق اخذ الضمان المراد
بقوله فيما قبل وان ادى البدل اداؤه برضاه دون مطلق الاداء والا يلزم استدراك قوله وكذا اذا ادى بالقضاء ولان
رضاه انما يستلزم اخذ الضمان برضاه دون ما اخذ بغير رضاه فلا استدراك بقي الكلام في قول صاحب الكفاية او تراضيا
على مقدار من الضمان فانه يقتضي الاستدراك اذا التراضي قد كان معتبرا في قول المص وان ادى البدل يباح كما يدل عليه تعليله
هناك بقوله لان حق المالك صار موفيا بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن ان يجاب عنه ايضا بان المراد هنا التراضي
على مقدار من الضمان اي على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي على اداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية واندفع
الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان حمل قول المص او ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما هو بعيد
اللفظ جدا ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية اصلا وقال تاج الشريعة في تفسير قوله او ضمنه المالك او طلب المالك
من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل اداء الضمان انتهى وما قصد اثر الشارح العيني اقول فيه ايضا بعد من حيث
اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتامل قوله ومن غصب ساحة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها ذكر في الذخيرة
ان ذلك فيما اذا كانت قيمة البناء اكثر من قيمة الساحة واما اذا كانت قيمة الساحة اكثر من البناء فلم يزل ملك مالكها انتهى قال
صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر ذلك وجه ذلك ان تاملت في قوله وجه اخر لنا فيه انتهى اقول لا يذهب
على من له ذوق صحيح انه لا يظهر وجه ذلك بالتامل في قوله وجه اخر لنا فيه لان حاصله ان ضرر الغاصب فيما ذهبنا اليه الشافعي
ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه ضرر مجبور بالقيمة ولا ريب ان الضرر المجبور دون الضرر المحض فلا يرتكب الضرر
الاعلى عند امكان العمل بالضرر الادنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا فرق في هذا المعنى بين ان يكون قيمة البناء اكثر
من قيمة الساحة وبين العكس اذ لا شك ان الضرر المحض اشد واثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد ان يتحمل الثاني لدفع
الاول على كل حال عملا باختيار اهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وانما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين
بالقيمة فان ما هو اقل قيمة يكون اخف وايسر تحملا وليس فليس ثم اقول لعل وجه ذلك يظهر بالتامل
في قوله والوجه من الجانبين قد مناه فان ما قدم من جانبنا هو قوله ولنا انه احدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكا وذلك
ان قيمة البناء اذا كانت اكثر من قيمة الساحة كان البناء غالبا على الساحة فيصح اذ ذاك ان يقال ان الغاصب احدث صنعة
متقومة صير بها اشيئا حق المالك هالكا من وجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب هالكا من وجه واما اذا كانت قيمة الساحة

الكثر من

اكثر من قيمة البناء فانما يكون الساحة غالبة على البناء فيشكل هناك ان يقال انه احدث صنعة متقومة صير حق
المالك هالكا من وجه اذ تصيير المغلوب الغالب هالكا غير ظاهر تامل تفهم قوله ووجه اخر لنا فيه ان فيما ذهب
اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهب اليه مجبور بالقيمة بيانه ان
فيما قال الشافعي اضرارا بالغاصب لان فيه ابطال حقه وفيما قلنا اضرارا بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور
بالعوض وهو القيمة فكان فوات حقه كلا فوات وضرر الغاصب ليس بمجبور بشيء فيفوت حقه الى
خلف فكان قطع حق المالك اولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان اقول قائل ان يقول يشكل هذا
الوجه من التعليل بما اذا غصب ساحة بالحاء المهملة فبنى عليها فانه لا يزول ملك المالك عنها كما سيأتي في الكتاب
مع جريان الوجه المذكور بعينه هناك ايضا كما لا يخفى نعم يوجد هناك وجه اخر فارق بينهما لكن الكلام في
انتقاض هذا الوجه المذكور في اول مسئلتنا هذه بتلك المسئلة الاتية فتامل قوله كما اذا خاط
بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب في سفينته قال في العناية
فان قيل عدم جواز نزع الخيط واللوح عنده من حيث ان فيه تلف الناس لا لان المالك كذلك
بما صنع فلا يصلح للاستشهاد لاختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحد منهما حق المالك وغيره وجعل
حق غيره اولى لانه بابطاله زيادة ضرر بالنسبة الى ضرر المالك فكانتا متساويتين انتهى ورد
عليه بعض الفضلاء بان قال كيف تقاس ذلك ولو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد يباح له
نقض بنائه واخراج الساحة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والخيط والجارية فانها لو كانت لمالك واحد
يباح له نزع الخيط واللوح فليتامل انتهى اقول ليس ذلك بشيء اذ لا يجب في صحة القياس اشتراك
المقيس والمقيس عليه في جميع الاحوال بل يكفي اشتراكهما في العلة التي هي مناط الحكم وههنا كذلك فان العلة
في المقيس عليه لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه وهو متحقق في المقيس ايضا بلا ريب
على انه لو كان البناء والساحة كلاهما لشخص واحد صار بمعزل عما نحن فيه اذ لا يتحقق الغصب هناك
ولا يكون صاحب البناء متصرفا في ملك الغير حتى لا يكون داخلا فيما وقع مقيسا ههنا ولا يتحقق فيه العلة
المعتبرة في المقيس عليه وهي لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعلق بما نحن فيه ولا
بالقياس المذكور فيه اصلا قوله وجواب الكتاب يرد ذلك قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله وجواب الكتاب
يرد ذلك اي جواب مختصر القدوري يرد ما قاله الكرخي نظر لان القدوري يروي عن ابي عبد الله الجرجاني عن
ابي بكر الرازي عن ابي الحسن الكرخي فكيف يرد بمجرد جواب القدوري قول الكرخي وسند روايته اليه
نعم يجوز رجحان قول المتاخر على المتقدم باقامة الدليل اما بمجرد الرواية فلا انتهى كلامه اقول نظره
ساقط لانه ان اراد ان استناد رواية القدوري في جميع مسائل المختصر او في المسئلة التي نحن بصددها
الى الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بان القدوري قال في شرحه لمختصر الكرخي كان ابو الحسن

الكرخي يقول المسئلة موضوعة على انه نحى علوها الى الساحة لانه غير متعد في البناء على ملكه فلا ينتقض واما اذا
على نقل الساحة ينتقض بناؤه لانه تعدى فيه وكان الهندواني يختار هذا القول وقد ذكر في كتاب الصرف فيمن
غصب درهما فجعله عروة في زادة سقط حق مالكه والفضة لا يسقط حق مالكها عنها ما الصياغة وانما اسقط
بكونها تابعة للزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدي فدل على ان المسئلة على اطلاقها وانه
لا حق للمالك في الساحة في الوجهين وقال الحهنا لفظ القدوري ولا يذهب عليك ان ما نقله عن القدوري
صريح في ان القدوري لا يقبل رواية الكرخي هذه المسئلة على التقييد بان نحى علوها الى الساحة ويستدل على
الاطلاق بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين ان رواية القدوري هذه المسئلة بان قال فبنى عليها الا تستند
الى الكرخي بل هو في هذه الرواية يخالفه ويتمسك بمسئلة كتاب الصرف وان اراد ان استناد رواية القدوري
في اكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المرتوب فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شيئا فان الكلام في مسئلة الساحة وهو
في روايتها يخالف الكرخي كما عرفت **قوله** ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه
وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وهو ما اعد للذبح من الابل من الجزر وهو القطع تقع على الذكر والانثى
وهي يؤنث كذا قالوا وانما ذكر الجزور بعدما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين النقصان
لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بان يقال النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفويت
صلاحيتها للدر والنسل والجزور هي التي اعدت للذبح فلم يكن الدر والنسل مطلوبين منها فينبغي ان لا يضمن
الغاصب النقصان بل يستحق اجر المثل من زادته على المالك لانه حقق مقصوده فيها فكان زيادة لا
نقصانا كما اذا غصب ثوبا فصبغه احمر حيث يضمن المالك للغاصب ما زاد الصبغ اذا اختار اخذ الثوب
لكون صبغ الحمرة زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لان نفس ازالة الحيوة عن الحيوان
نقصان فكان للمالك الخيار لانه يحتمل ان يكون للمالك مقصود فيها سوى الدر والنسل من الاسمان وتعيينها
الى زمان يحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وافاد صاحب العناية خلاصة هذا المعنى بعبارة
اخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل لجزادته على المالك لانه
حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصانا وحاشاه عن الجزر غير المطلوب منه الدر والنسل وذلك لان نفس
ازالة الحيوة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون له فيه مقصود سواه من زيادة الاسمان و
التاخير الى وقت اخر لمصلحة له في ذلك انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى ان يتوهم
ان غاصبه يجب ان يستحق اجر المثل حيث قال لا مجال لهذا التوهم اصلا لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق
به الاجر وقال في الاولى حق قضيته استحقاق اجر المثل من البين ويقول بدله ان ذابحه يجب ان لا يكون غاصبا
انتهى **قول** اقول قوله لا مجال لهذا التوهم اصلا تحكم وقوله لان فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق
الاجر غير مسلم فانه اذا لم يكن متبرعا لما اراده الصبغ فيما اذا اخذ ثوب غيره فصبغه احمر بل ضمنه المالك اذا

اعتاد

اعتادا صبغ الثوب كما شيا فلم لا يجوز ان لا يكون متبرعا لما راده الذبح فيما اذا ذبح جزور غيره بل يستحق اجر
المثل بناء على انه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا اقل من ان يكون
منشأ للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فاشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد الشراح ههنا
ولا غبار عليه **قوله** ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود
الاستهلاك من كل وجه قال صاحب العناية قيل ليس لتقييده بغير ماكول اللحم فائدة فان حكم ماكولة ايضا كذلك
لانه عطف قوله وكذلك اذا قطع يدها على قوله ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه
نقصانها فعلم انهما في الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية لان الظاهر في
وجوب تضمين القيمة بلا خيار فيهما يعني في ماكول اللحم وغير ماكوله اذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك
الظاهر وفيه نظر من وجهين احدهما انه لو كان كذلك لكفى ان يقول وكذلك اذا كانت غير ماكول اللحم والثاني ان
التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ماكول اللحم وغير ماكوله حيث قال في الاول انه اتلاف من وجه وفي
لوجود الاستهلاك من كل وجه الى ههنا لفظ العناية **اقول** القائل بعدم فائدة التقييد بغير ماكول
اللحم انما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية واما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال ان الظاهر في
هو صاحب غاية البيان اذ لم يقل احد من الشارحين ما يشبه القول المذكور سوى صاحب الغاية الا ان ما نقله
صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب الغاية ايضا فان عين عبارته هكذا هذا الفرق بين ماكول اللحم
وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما
بلا خيار وقد مر من قبل هذا انتهى ولا يخفى على ذي مسكة انه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهي
نظر صاحب العناية لان مدار ورودهما على حمل مراد المصنف على تسوية ماكول اللحم وغير ماكوله في الحكم
وعبارة صاحب الغاية تنادي على حمل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ماكول اللحم
وغير ماكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام
المصنف نفي خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين امساك الجثة وتضمين نقصانها ويكون ذلك اختيار المصنف
وان كان نقل الكتب على خلافه فانه ذكر في الذخيرة والمغني فقال وفي المنتقى هشام عن محمد رجل قطع
يد حمار او رجله وكان لما بقي قيمة فله ان يمسك ويأخذ النقصان انتهى كلامه **اقول** لا يخلو دفع
مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لان ما رواه هشام عن محمد من جواز اختيار الامساك واخذ
النقصان فيما اذا قطع طرفا من غير ماكول اللحم مقيد بان كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز ان يكون ما اختاره
المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما اذا لم يكن لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك
من كل وجه على ذلك لانه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه فيما اذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل
يبقى فيه منفعة القيمة فيصير هالكا من وجه دون وجه وكان صاحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في تخريج

قول المص ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها الموجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان مأكول فيه قيمة
فله ان تمسك ويأخذ النقصان ونقل ما في المنتقى من رواية هشام عن محمد رح قوله لقول النبي عم ليس لعرق ظالم حق
صحح في المغرب بتنوين عرق حيث قال اي لذي عرق ظالم وهو الذي يغرس في الارض غرسا على وجه الاغتصاب ليستوجبها
ووصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالاضافة اوليس لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا
في العناية وغيرها اقول فيما ذكره المغرب بحث وهو انه فقد المضاف اولا حيث قال اي لذي عرق ظالم وجعل وصف
العرق بالظلم تجوزا ثانيا وبينهما تناف لانه اذا فقد المضاف يصير ظالم صفة له لا للعرق كما قالوا في قول النبي عم
من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ان قوله محرم صفة ذا رحم بالجوار فيتم معنى الكلام على حقيقته فلا يكون المصير الى
التجوز وجه ومن هنا ذكر الزمخشري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب فلا القول بوصف العرق بالظلم
على سبيل التجوز اللهم الا ان يكون مراد صاحب المغرب بقوله اي لذي عرق ظالم مجرد تصوير المعنى لا ان هناك مضافا
محذوفا متقدرا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة انتهى اقول هذا الكلام
من مثل ذلك امر عجيب فان ذا الذي بمعنى صاحب لا يكون الا مضافا ويكون نكرة ان اضيف الى نكرة ومعرفة
ان اضيف الى معرفة ومن هنا قال العلامة الجوهري في صحاحه واما ذو الذي بمعنى صاحب فلا يكون الا مضافا
فان وصفت به نكرة اضفته الى نكرة فان وصفت به معرفة اضفته الى الالف واللام ولا يجوز ان تضيفه
الى مضمر ولا الى زيد وما اشبهه انتهى ولا يرتاب ان المضاف اليه اللفظ فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون
المضاف ايضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا لذي لانه معرفة وكانه وهمه ذهبا الى ذي التي
هي مؤنث ذا من اسماء الاشارة التي هي من انواع المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم هفوة قوله
ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ اقول لمتوهم
ان يتوهم ان قوله في التعليل والغصب لا يتحقق فيها ينافي وضع المسئلة في الغصب بان قال ومن غصب ارضا
فغرس فيها او بنى فالجواب ان المراد بالغصب المذكور في وضع المسئلة هو معناه اللغوي وبالغصب المنفي تحققه
في الارض في اثناء التعليل هو معناه الشرعي على اصل ائمتنا فلا منافاة وقال صاحب غاية البيان قد مر في اوائل
كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول اذ عبارة مشائخنا اختلفت في غصب الدور والعقار على
مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فقال بعضهم يتحقق فيها الغصب ولكن لا على وجه توجب الضمان والى هذا مال الكرخي
في قوله واذا غصب عقارا فهلك لم يضمنه عند ابي ح وابي يوسف فعلى هذا لا يرد السوال على قوله ومن غصب
ارضا فقال بعضهم لا يتحقق فيجاب عنه بان يقال لما تصور بصورة الغصب سماه غصبا كما في قوله تعالى
الا ابليس لانه تصور بصورة الملائكة انتهى كلامه اقول قد مر منا ايضا هناك انه لم ينقل
احد عن مشايخنا ان الغصب الشرعي يتحقق عند ابي ح وابي يوسف في العقار وانما قال ذلك لما صح منه
انه يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المغصوب في يد الغاصب حكم يترتب على مطلق الغصب الشرعي

لا يتخلف

لا يتخلف عنه عند احد وانما افتر صاحب الغاية باستعمال بعض المشائخ لفظ الغصب في العقار وتوجيه ذلك على الوجه
التام بحمله على المعنى اللغوي كما قررنا انفا فلا وجه لبناء عدم ورود السوال على قوله ومن غصب ارضا على القول
بتحقق الغصب الشرعي في العقار على انه لو بني عليه يرد السوال على قول المص في تعليل ذلك والغصب لا يتحقق فيها
اذ يلزم ح ان لا يطابق التعليل العلل واما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية على تقدير عدم القول بتحقق
الغصب في العقار بانه لما كان في صورة الغصب سماه غصبا فله وجه ولكن فيما ذكرنا من الحمل على المعنى اللغوي
مندوحة عنه كما لا يخفى فصل لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضمان ذكر في هذا الفصل
مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو داب المصنفين كذا في النهاية وذكر صاحب العناية ايضا بعبارة
اقصر اقول فيه كلام وهو ان المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعدمه لا بالضمان
كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله واذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب
ولئن سلم ذلك كان ينبغي ان يذكر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها
فضمنه المالك قيمتها ملكها فانه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضمان صريحا قوله وقال الشافعي لا يملكها
لان الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل من ملك
الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه قال صاحب العناية بعد شرح كلام المص وكلامه يشير الى ان سبب الملك هو الغصب
والا لم يكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا انتهى واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان عدم مناسبته
لا يتم غاية ما يكون وجها اخترناه في الجواب انتهى اقول كيف لا يتم عدم مناسبة تعليله مع
خصمنا في هذه المسئلة فترتيب دليل خصمنا مما يتم لا محالة فلو لم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا
لكان ينبغي على المص بان عدم مناسبة تعليله لما قلنا ثم ترتيب رد دليله فان قيل قد استغنى المص عن ترتيب
دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل بكماله الخ كما اشار اليه ذلك البعض بقوله غايته ان يكون
وجها اخترناه في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا انه ملك البدل الخ لا يصلح جوابا عما قاله الشافعي الا بطريق
المعارضة باقامة دليل على خلاف ما قاله الشافعي ولا يندفع به اشكال ان يكون ما هو عدوان محض سببا
للملك كما ذكره الشافعي في تعليله فلو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما ترك منع كون الغصب سببا
للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغني العاقل عن مثل هذا الامر الجلي القاطع عند امكان
التشبث به بمثل ما ذكره المص مما هو كثير المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كما ترى فصح ما ذهب
اليه صاحب العناية من ان سوق كلام المص هنا يشير الى ان سبب الملك عندنا هو الغصب كما صرح به القاضي
ابو زيد في الاسرار حيث قال قال علماؤنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمان او التراضي
عليه قوله الا ان يقيم بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينة بل يحلف على دعواه لان بينته

ولو قال ذلك الورثة فانه [illegible]

ثم اقام البينة باكثر من ذلك فان [illegible] للمالك عند اقامة البينة وطلب يمين الغاصب [illegible] وللغاصب صح

تمنع الزيادة والبينة على المنع لا تقبل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لإسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد
الوديعة فإن القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت ولهذا كان القاضي أبو علي النسفي يقول هذه المسئلة عدت
مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة والوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وبإقامة
البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه هنا اليمين والقيمة وبإقامة البينة ثم يسقط الا اليمين
فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها أقول فيما ذكره أئمة وجه الفرق نظر فإنه إنما يفيد أن لا يكون
الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا
اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لإسقاط اليمين لأن الاتحاد
بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضر فيه وجوب القيمة على الغاصب لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك
عن إقامة البينة على الأكثر إنما هو الأقل الذي كان معترفا به وليس مقصوده من إقامة البينة عليه إلا مجرد
إسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه فإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة اتحاد فائدة
قبول البينة فتدبر قوله ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد
المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب اعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب
الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل
فحبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بمال بل يعد عيبا
في الأمة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح أقول في الجواب بحث
لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لما صح إعتاقه وتدبيره إذ الظاهر أن محل الإعتاق والتدبير لا يكون إلا مالا
مملوكا وقد تقرر في محله أنه يصح إعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا ولئن سلم أن محل الإعتاق والتدبير لا يلزم
أن يكون مالا بل يكفي أن يكون ملكا وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا فالجواب المذكور لا يصلح على عبارة الكتاب
لأن الحاصل منها أن وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملا هو عدم كون الحمل قبل الانفصال مالا
لا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى
يزيلها الغاصب ولا شك أن هذه العبارة لا تتناول ما إذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة
في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في الأسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى قوله
ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع أقول هذا إنما يتم فيما إذا غصب الجارية غير حامل
فحبلت في يد الغاصب وأما فيما إذا غصبها حاملا فلا لأن الولد في هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب
فكان إزالة يد المالك عن أمه حينئذ إزالة لها عنه أيضا ضرورة استلزام إزالة اليد عن الكل إزالتها
عن أجزائه فلا يتصور إذ ذاك أن يقال ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التعليل بأن يقال إذ الظاهر
عدم المنع لأن منع الكل بإزالة يد المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بأنه لا فرق بينما إذا غصبها حاملا وبين

ما إذا

ما إذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندنا فكان التعليل المذكور قاصرا عن إفادة تمام المسئلة
قال صاحب العناية وعورض بأن الأم مضمونة البتة والأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد كالحرية والرق
والملك في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأم بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فإن وصف به الأم كان مجازا
انتهى كلامه وقد سبقه إلى ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحب النهاية ومعراج الدراية أقول في الجواب
نظر لأن الضمان مصدر الفعل المتعدي يقال ضمنه ضمانا ومثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير
وصفا له وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفا له أيضا وقد صرح به المحقق التفتازاني في التلويح
في فصل ألفاظ العام وحقق حيث قال إن الفعل المتعدي يحتاج إلى المفعول به في التعقل والوجود جميعا وإلى
المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا
الاعتبار هو وصفه وقال ولا امتناع في قيام الإضافيات بالمتضايفين ورد به قول صاحب الكشف أن الضرب
قائم بالضارب ولا يقوم بالمضروب لامتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان
كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضامن يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقول هؤلاء
الشراح فإن وصف به المال كان مجازا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فإن قيل قد وجد الضمان في
مواضع ولم يتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمارة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم
يزل يد المالك بل أزال يد الغاصب وكالملتقط إذا لم يشهد مع القدرة على الإشهاد ولم يزل يدا
والمغرور إذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل اليد في حق الولد ويضمن الأموال بالإتلاف تسبيبا
كحفر البئر في غير الملك وليس ثمة إزالة يد ولا إثباتها فالجواب أنا قلنا أن الغصب على التفسير
المذكور يوجب الضمان مطردا لا محالة وأما أن كان ما يوجب الضمان كان غصبا فلم نلتزم ذلك
بل يجوز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة مما يكون تعديا إلى هنا كلامه
أقول هذا الجواب ليس بتام لأنه إنما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولكم
الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقق وجوب الضمان في الصور المزبورة
بدون تحقق الغصب على التفسير المذكور فيها وأما إذا كان المراد به أن تعليل مسئلتنا بالعلة
المذكورة في الكتاب منتقض بالصور المزبورة لأن حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرناه لم يتحقق
في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصور المزبورة أيضا مع
وجوب الضمان فيها فلا يدفع الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن فالأولى في السؤال و
الجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فإن شئت فراجعهما قوله ولهذا يتكرر بتكرره قال
صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فإنه لو أدى الضمان بسبب
إخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم يجب ضمان آخر كذا وجدت بخط شيخي

ولكن يحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا اولى
لانه اوفق لرواية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ايصال صيد الحرام الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب
الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك ثم غصب لا يجب الضمان على الغاصب بشيء
ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية وما قنع اثره اكثر الشراح
في تجويز المعنيين المذكورين هنا ولكن لم يقل صدر سواه بترجيح المعنى الثاني على الاول وبعضهم صاحب العناية حيث
قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر هذه الجناية فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم
ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء اخر ويجوز ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه
الجناية التي هي الاخراج من الحرم انتهى كلامه اقول ـــــ لا وجه عندي للمعنى الثاني هنا اصلا فضلا عن
ان يكون هو الاولى كما زعم صاحب النهاية فان قول المص ولهذا يتكرر بتكرره ها متفرع على قوله فهو ضمان جناية
كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير حمل قوله يتكرر بتكررها على المعنى الثاني لان تكرر وجوب الارسال بتكرر الاخراج
من الحرم لا يكون امارة على كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية لا ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرر
الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الظبية ضمان جناية وكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية
المبسوط في المناسك اوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك ايصال الصيد الحرم
الى الحرم بمنزلة ايصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك ثم غصبه لا يجب
الضمان على الغاصب بشيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرر الغصب فكذا هنا انتهى تدبر تقف قوله
ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلوق على ما عرف ذهبت جماعة من الشراح وهم
اصحاب النهاية والكفاية ومعراج الدراية الى ان قول المص على ما عرف اشارة الى ما يجيء في مسئلة من غصب جارية
فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى انه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية
الثاني وذكر الاول ايضا بطريق النقل حيث قال يعني في طريقة الخلاف وقيل في مسئلة من غصب جارية فزنى
بها على ما يجيء انتهى اقول ـــــ لا مجال عندي للحمل على الاول اصلا لان المراد بالسبب هنا سبب الزيادة
والنقصان وما يجيء في مسئلة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك ان ما هو سبب لاحدهما لا يصلح
ان يكون سببا للاخر ايضا البتة حتى يصح حوالة معرفة احدهما على معرفة الاخر الا يرى الى قول المص فيما سياتي
وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا انتهى فان ذاك صريح في ان الولادة
لا تكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة ان العلوق ايضا لا يكون سببا له لان افضاء العلوق الى الموت ابعد
من افضاء الولادة اليه كما لا يخفى مع انه حكم هنا بان سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلوق ثم ان الحوالة
في الحوالة على ما يجيء ان يقال على ما يجيء او على ما سيعرف بصيغة المضارع واما ان يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف
قط فالوجه هو الحمل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير قوله وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا

لان السبب الواحد لما اثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك
البائع ادخل الثمن في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب حتى ان الشاهدين اذا شهدا على رجل
ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا هذا لان الفوات الى خلف كلا فوات كذا في النهاية
واعترض بانه لم يخرج جواب الخصم عن اصل دليله وهو ان الولد ملك المولى فلا يصلح ان يكون جابرا للنقصان وقع في
ملكه بل هو على حاله واجيب بان المص اشار الى الجواب بقوله لا يعد نقصانا فانه اذا لم يعد نقصانا لم يحتج الى الجابر فلا
الجابر عليه فوسع هذا زبدة ما في النهاية والعناية اقول ـــــ الجواب منظور فيه فان النقصان امر محقق لا
مجال لانكار وقوعه اذ في وضع مسئلتنا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى جبر لانه لا يعد ذلك النقصان
المحقق نقصانا لسبب الجبران ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح كما طبة في شرح قول
المص وعند ذلك لا يعد نقصانا كما مر ويدل عليه قوله في اصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان
بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب ولولا ذلك لما اطلق الجابر عليه توسعا فلم يوجد الجبر حقيقة لم يظهر وجه لان لا يعد نقصان
المغصوب الواقع في يد الغاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وان لا يعد نقصانه الواقع في يد الغاصب
فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يلزم ان يكون ذلك تحكما بحتا وحاشا لائمتنا من ذلك قطعا قوله
وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت واسقطت ثنيتها ثم نبتت اقول ـــــ لقائل ان يقول لا اتحاد
في السبب في هاتين الصورتين اذ لا شك ان سبب النقصان وهو الهزال في الصورة الاولى وسقوط الثنية
في الصورة الثانية يغاير سبب الزيادة وهي السمن في الاولى ونبت الثنية في الثانية وقد رد المص
بعد قياس الخصم على نحو جز صوف شاة وقطع قوائم شجر بعدم الاتحاد في السبب في المقيس عليه فكيف
يثبت هنا بالقياس على تينك الصورتين مع عدم الاتحاد في السبب فيهما ايضا ثم اقول ـــــ ولعل الحق
ان الفرق باتحاد السبب وعدم اتحاده لا تاثير في قدح القياس في عدم سقوط الضمان كما هو مدعى الخصم
اذ لا يلزم من عدم سقوطه عند عدم اتحاد السبب عدم سقوطه عند اتحاده اذ يمكن عند اتحاده ان لا يعد
النقصان نقصانا كما ذكروه بخلاف عدم اتحاده اذ لا وجه عنده اصلا لان لا يعد النقصان نقصانا وله
يقدح ذلك الفرق في القياس في سقوط الضمان كما هو مدعانا لانه اذا سقط الضمان عند عدم اتحاد السبب
مع عدم جواز ان لا يعد النقصان هناك نقصانا فلان سقط الضمان عند اتحاد السبب مع جواز ان لا يعد النقصان
هنا نقصانا اولى كما لا يخفى فتدبر فانه وجه لطيف في الفرق بين القياسين ولم اسبق الى كشفه وبيانه
ولقائل بعض الفضلاء والفرق ان الثنية لا قيمة لها بخلاف القوائم والصوف انتهى اقول ـــــ ليس هذا
بشيء لان الثنية وان لم يكن لها قيمة الا ان سقوطها يورث نقصانا للجارية بلا ريب والكلام في نقصان
الجارية المغصوبة فلا يفيد ذلك الفرق شيئا فيما نحن فيه قوله والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك
وهو الولادة اقول ـــــ يرد عليه ان الظاهر انه جعل الولادة هنا سبب الهلاك وقد صرح فيما مر انها ليست

ببب المتحد قال وتخريج الثانية ان الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا يفضي اليه غالبا فكان بين الكلامين نوع
تنافيا ملة في التوجيه قوله ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة في يد المالك
لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه اقول لقائل ان يقول مقتضى هذا الدليل ان لا يجب الاجرة
على المستاجر فيما اذا احدث المنافع في يده كما في استيجار الدور والاراضي والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه
لا يجب عليه الاجرة بمقابلته ملكه مع انه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم ار احدا حام حول جواب هذا الاشكال مع ظهور وروده
الا ما حيل في غاية البيان فانه قال والجواب عن مسئلة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بمقابلة المنافع بل بمقابلة التمكين
من جهة المالك لانه لما لم يتمكن من استيفاء المنافع الا بتمكينه كان ذلك طريقا للوصول الى استيفاء المنافع فاعطي لما هو
وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة انتهى اقول فيه بحث لان الجواب وان كان مما يصلح لان
يكون مخلصا هنا الا انه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكروا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تمليك المنافع بعوض وقولهم
والقياس يابى جوازها لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم تنعقد الاجارة ساعة فساعة على حسب
حدوث المنافع لان المعاوضة تقتضي التساوي والملك في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب
حدوثها فكذا في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب
بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة الى غير ذلك من الاقوال الدالة على كون الاجرة
بمقابلة المنافع ولعل تاويل كلها متعسر بل متعذر فتامل تقف ثم اقول الاولى في الجواب عندي ان يقال اقتضاء
الدليل المذكور عدم وجوب الاجرة على المستاجر فيما اذا احدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقرر في اول
كتاب الاجارات ان القياس يابى جوازها الا انها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس اليها
وانما جوازها عندنا باعتبار اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة الايجاب
والقبول فيجوز في الاجارة ان يجب الاجرة على المستاجر بمقابلة المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده اذا وقع
التراضي عليه باعتبار اقامة العين التي هي ملك الموجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب
فان تضمينها فيه ليس بثابت قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيما يخالف القياس فتدبر قوله ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان
اقول لقائل ان يقول هذا الدليل انما يدل على ان منافع المغصوب لا تضمن بالاعيان لعدم المماثلة بينهما ولا يدل على انها لا تضمن بما يماثلها
والمدعي عدم مضمونيتها اصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بان مبنى تقريب المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقريره
عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكانه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره يرشد اليه ذكر تقريب صاحب الكافي هذا الدليل
حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لانها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما ان تضمن بالمنافع وهو باطل
لم يقل به احد واما بالاعيان وهو باطل ايضا لانها لا تماثل الاعيان لان المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين يبقى اوقاتا
وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمان العدوان مبني على المماثلة بالنص والاجماع وفي شرح الطحاوي ايضا تقرير هذا على هذا
البيان ذكر الدليل حيث قال ولانا المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخلو اما ان تكون مضمونة بامثالها من المنافع

او بغيرها من الاعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز ان تكون مضمونة بالامثال وهي المنافع لانه لا قائل بذلك ولا يجوز
ان تكون مضمونة بالاعيان لعدم المماثلة والمماثلة شرط في ضمان العدوان لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم انتهى
قال صاحب العناية واعترض بما اذا اتلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على ان المماثلة من حيث البقاء
والبقاء غير معتبرة وبما اذا استاجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز
لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن واجيب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما يكون بين باق وباق لا بين
باق وفان فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى انها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض والا يرد ان بيع الثياب بالدراهم
جائز وان كان احدهما يبقى دون الاخر وعن الثاني بما ذكرنا ان شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا
لان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات انتهى كلامه اقول فيما ذكره في كل من الجوابين شيء اما في الاول فلانه
تزييف بقوله ولا يرد ان بيع الثياب بالدراهم جائز وان كان احدهما يبقى دون الاخر بصحيح لان جواز نوع من التفاوت بين البدلين
في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لان للعقد والرضا تاثيرا في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز
بيع عبد قيمته الف بالوف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعا لا يرد ان التفاوت بين جوهر وعرض يجوز ايضا بالعقد
كما اذا استاجر منفعة دار مثلا بدراهم معينة مع ان المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان لا تتصور بين جوهر وعرض كما صرح به واما
في الثاني فلان جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي لا يدل على جواز استيجار الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم لان التفاوت في الاول
بين جوهر وجوهر وهو تفاوت يسير غير فاحش والتفاوت في الثاني بين جوهر وعرض وهو تفاوت فاحش ولا يشكل ان جواز تصرف الوصي في مال
اليتيم بالتفاوت اليسير الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش لا يرد ان التفاوت انما يشكل اذا كان بين جوهر وعرض في نوع
المماثلة المعتبرة في ضمان العدوان دون التفاوت الغير الفاحش الذي يجري بين جوهر وجوهر فلم لا يجوز ان يكون الامر في تصرف الوصي في مال
اليتيم ايضا كذلك قلنا ان ثبت دلالة جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي على ان القربان بالاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا
في التصرفات نعم يجوز ان يكون المراد بالقربان بالاحسن في قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ذلك المعنى لكن لا يعرف بدليل
اخر لا بما ذكره من جواز شراء الثياب بدراهم اليتيم للوصي قوله وقد عرفت هذا المأخذ في المختلف قال صاحب العناية في تفسير هذا المأخذ
اي العلل التي هي مناط الحكم اما ذكرها ولا بقوله لانها حصلت في ملك الغاصب وثانيا بقوله لانها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا
بقوله لانها لا تماثل الاعيان الى اخره انتهى اقول فيه نوع خلل لانه قال اولا ما ذكره بكلمة او وهي لاحد الامرين ولا شك ان العلل التي كانت
مناط الحكم هنا والتي ذكرها المصنف بهذا المأخذ هي ما ذكره اولا وثانيا وثالثا باقواله المزبورة لا احدها فكيف يصح العطف بكلمة او
وقال صاحب الغاية هنا المراد بالمأخذ العلل التي هي مناط الحكم يعني اراد بالمأخذ ما ذكره اولا بقوله انها حصلت في ملك الغاصب وثانيا
انها لا يتحقق غصبها واتلافها وثالثا انها لا تماثل الاعيان والشرط في ضمان العدوان المماثلة بالنص انتهى اقول يرد عليه نظيرها
ان العلل التي هي مناط الحكم هنا هي ما ذكره المصنف اولا وثانيا وثالثا بعينه كما عرفته آنفا فما معنى قول هذا الشارح اراد
بالمأخذ هنا ما اراد بها ذكر والعطف يقتضي التغاير بين المعطوفين لكن يمكن توجيهه بان يكون مقصوده بقوله اراد بالمأخذ
العلل التي هي مناط الحكم تفسير معنى المأخذ هنا وبقوله اراد بالمأخذ ما ذكره الى تعيين ما صدق عليه المأخذ هنا وتعيينه

فكانه قال اراد بمعنى الماخذ هنا هنا ما اراد بما صدق عليه الماخذ هنا ذكر المغايرة بين المفهوم وما صدق وهو عليه ظاهر
فيصح العطف الا انه لو قال في الثاني واراد بمنع الماخذ ما ذكر الى لكان احسن لكونه ادل على ارادة ما صدق عليه الماخذ كما لا يخفى
على الفطن ثم اقول بقي في هذا المقام بحث قوي وهو انه قد صرح في معتبرات الفتاوى بان منافع الغصب مضمونة عندنا
ايضا في الوقف ومال اليتيم وما كان معدا للاجارة مع ان العلل المذكورة التي هي مناط الحكم بعدم ضمان منافع الغصب جارية
بعينها في تلك الصور ايضا فان قلت العلل المذكورة على وفق القياس والقول بضمان المنافع في تلك الصور بموجب الاستحسان
نظرا للوقف ومال اليتيم ونحو ذلك ويجوز ترك القياس بالاستحسان قلت ذلك فيما يتصور ويمكن وتلك العلل بعضها يدل
على عدم تصور الغصب والعدوان في المنافع وبعضها يدل على عدم امكان تضمين المنافع بالاعيان لعدم المماثلة بينهما وبناء ضمان
العدوان على المماثلة بالنص والاجماع فلا لاجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكل جدا **فصل** في غصب ما لا يتقوم قال صاحب
النهاية لما فرغ عن بيان احكام غصب ما يتقوم وهو الاصل لان الغصب بحكمه الذي ذكرنا انما يتحقق فيه شرع في بيان احكام غصب
ما لا يتقوم باعتبار عرضية ان يصير متقوما اما باعتباره بانه المغصوب منه بانه متقوم او بتغيره في نفسه الى التقوم
انتهى كلامه وقد اقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه بحث لانه لا حاجة هنا الى المصير الى اعتبار عرضية ان يصير ما لا يتقوم متقوما
باحد الاعتبارين المذكورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضمان ما لا يتقوم في بعض المسائل و
عدم ضمانه في بعضها نوعا لا ضمان فيه كما تلاف خمر المسلم وخنزيره لا وجه لاعتبار عرضية ان يصير متقوما باعتبار ما
اصلا فان اعتبار عرضية ان يصير متقوما هما لا تاثير له في حكم عدم الضمان قطعا بل لا يدفع اباء عنه ولعل بعض الشراح
تنبهوا لهذا فتركوا حديث اعتبار عرضية ان يصير متقوما منهم الشارح الكاكي حيث قال لما فرغ عن بيان غصب ما يتقوم وهو
الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم انتهى ومنهم الشارح الاتقاني حيث قال لما فرغ عن بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل
شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كالخمر والخنزير في حق المسلم هل يجب به الضمان ام لا انتهى **قوله** ولنا ان التقوم باق في حقهم
اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة اقول فيه اشكال من وجهين احدهما ان الخصم قال لانهم اتباع لنا في الاحكام لقوله
عليه الصلوة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما صرح به الكافي وعامة الشروح
فكيف يتم التعليل بان التقوم باق في حقهم في مقابلته بذلك الحديث الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام والتعليل في مقابلة
النص غير صحيح على ما عرف في الاصول فان قلت نحن امرنا بان نتركهم وما يدينون كما ذكر في اثناء التعليل من قبلنا فيكون
النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلوة والسلام اتركوهم وما يدينون علي وعا ما هنا قلت للخصم ان يقول
المراد بما يدينون الديانات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات ايضا فيتحقق التعارض
بين النصين فلا بد من بيان الرجحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول انه لا خلاف في ان الكفار مخاطبون بالايمان و
العقوبات والمعاملات وبالعبادات ايضا في حق المؤاخذة في الاخرة وانما في حق وجوب الاداء في الدنيا المختلف فيه ما
نحن فيه من المعاملات فينبغي ان يكونوا مخاطبين بالخطاب الدال على عدم تقوم الخمر والخنزير ايضا ثم اقول يمكن الجواب عن كل
واحد منهما اما عن الاول فبان يقال ما نحن فيه مخصوص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم اتباعا لنا في الاحكام فان

عمر رضه

عمر رضه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به اهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها قال لا تفعلوا ولوهم بيعها وخذوا
العشر من اثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم حيث جوز بيعها وامر باخذ العشر من ثمنها ولم ينكر عليه احد فحل محل
الاجماع وقد صرح به بعض الشراح واما عن الثاني فبان يقال كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل
الخطاب التعميم لهم ايضا واما فيما لا يتحمله فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعا وما نحن فيه من قبيل الثاني لان الخمر
كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل ان ما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل والمزيل وهو قوله
تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا بدليل السباق والسياق فبقي في حق من لم يدخل تحت هذا
الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال التعميم للكفار ايضا وكذا الحال في الخنزير على ما
حققه صاحب غاية البيان حيث قال تحقيق ذلك ان الخمر والخنزير كانا مالين في الامم الماضية وكذلك في حق
هذه الامة في ابتداء الاسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق المسلمين فكانا حرامين عليهم وبقيا حلالا على الكفار
كنكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد التحريم خاصا في حق المسلمين فبقي حلالا في حق الكفار
كذا هنا لانه توجه الخطاب باسم المؤمنين في سورة المائدة بقوله يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والانصاب
والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون والخنزير هو الذي يفلح اذا اجتنب الخمر وقال حرمت عليكم
الميتة ولحم الخنزير الى هنا لفظ غاية البيان ثم ان التحقيق الذي لا نجد عنه هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال
واما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق اهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم
كالخل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما مالا متقوما في حقهم
ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة صالح لاقامة مصلحة البقاء والاصل في اسباب
البقاء هو الاطلاق الا ان الحرمة في حق المسلم ثبتت نصا غير معقول المعنى او معقول المعنى لا يوجد هنا
او يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر
ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلوة لان الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لانها سبب
المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة
ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بالشرائع بالحرمات عندنا هو الصحيح من
الاقوال على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا طريق الضمان وجهان احدهما ان الخمر وان لم تكن مالا متقوما
في الحال فهو بعرض ان يصير مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل فوجب ضمان الغصب والاتلاف
يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال الا يرى ان المهر والجحش
مال متقوم له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب
الخمر واكل الخنزير حيث ما روي عن علي انه قال امرنا ان نتركهم وما يدينون وشرب الخمر ديانة وقعدا بل واشرب
الخمر واكل الخنزير يفعلونها نتركنا التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان

السفيان اذا علم انه اذا غصب واتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك سعيهم في التعرض لهم من حيث المعنى والله
اعلم الى هنا لفظ البدائع قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون اقول لقائل ان يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الانواع
كاحداث البيعة والكنيسة وركوب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما مر في كتاب السير والجواب ان امثالها مستثناة
مما يدينون بدلائل ذكرت في مواضعها كما ان الربا مستثنى عن عقودهم بقوله عليه الصلوة والسلام الا من اربى فليس بيننا
وبينه عهد على ما سيأتي بيانه عن قريب قال صاحب العناية اخذا من النهاية ونوقض بما اذا مات المجوسي عن ابنتين احديهما
امرأته فانها لا تستحق بالزوجية شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وجعل النكاح موجبا توريث المرأة
من زوجها في جميع الاديان اذا لم يوجد المانع في ديانتهم ثم لم نتركهم وما يدينون واجيب بانا لا نسلم انهم يعتقدون
التوريث بانكحة المحارم فلا بد له من بيان انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان مراد القائل انا
اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لا نورثها انتهى اقول ليس فيما ذكره كثير حاصل اذ مراد المجيب ايضا ان عدم
توريثنا اياها اذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التوريث بانكحة المحارم نعم يعتقد المجوس
صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الا يرى ان الميراث يمتنع بالرق
واختلاف الدين مع صحة النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وان اراد ذلك القائل انهم لو اعتقدوا التوريث
بانكحة المحارم وطلبوا ذلك لم نحكم بينهم بذلك ايضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لان ما يضرنا انما هو النقض على
هذا المرء وانع لا بما هو فرض محض ثم اقول بقي ههنا كلام آخر وهو ان للسائل ان يورد النقض في مسلم مات عن زوجة كتابية
فانها لا تستحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدينين مع ان وجوب توريث الزوجة من زوجها معتبر في جميع الاديان
اذا لم يوجد مانع والظاهر ان الكفر ليس بمانع عن الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتامل في الجواب
قوله وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كذا قال جماعة من الشراح وقال
صاحب العناية بعد نقل ذلك والاوجه ان يتعلق بقوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون الى آخره لاتساق بعده
في المعطوف انتهى اقول ما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لان كلمة هذا مع كونها مما يأبى عنه
ذلك جدا لا يستقيم ان يكون الربا في خلاف قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون لان الربا لما كان مستثنى
عن عقودهم وكان ذلك فسقا منهم لا تدينا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى واخذهم الربا وقد نهوا
عنه كما صرح به قاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن منعنا اياهم عن الربا مخالفا لقوله ونحن امرنا ان نتركهم
وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير ان يكون قول المص وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله ونحن امرنا
ان نتركهم وما يدينون يصير المعنى وهذا اي قوله ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربوا
وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملابسة الخلاف بينهما كما بينا آنفا واما على تقدير ان يكون قوله وهذا بخلاف الربوا
متعلقا بقوله لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها كما ذهب اليه جماعة من الشراح فيصير المعنى وهذا اي عدم
كون الذمي ممنوعا عن تمليك الخمر وتملكها ملتبس بخلاف الربوا لكونهم ممنوعين عن الربوا ولا يخفى ان هذا المعنى

سديد

سديد وان كلمة هذا التي يشار بها الى القريب في محل الاحتجاج قال بعض الفضلاء بل الاولى ان يتعلق بقوله فيضمنه
والاشارة الى ما ذكر من الخمر والخنزير انتهى اقول هذا اقبح مما قاله صاحب العناية لانه اذا كانت الاشارة بهذا
الى الخمر والخنزير يتأتى الى ما ذكره كما زعمه يصير المعنى وهذا اي ما ذكر من الخمر والخنزير ملتبس بخلاف الربوا فلا يتم
تعلق قوله وهذا بخلاف الربوا بقوله فيضمنه معنى وان صير الى التقدير بان يقال المراد وهذا بخلاف الربوا في
الضمان ليحصل نوع تعلق بقوله فيضمنه فلا يكون سديدا ايضا لان الضمان انما يتصور في الاتلاف ومسئلة الربا
مما لا مساس له بذلك تدبر تفهم قوله وبخلاف متروك التسمية لمن يتجه لانا ولاية المحاجة ثابتة قال
في العناية يعني لما امرنا ان نترك اهل الذمة على ما اعتقدوه من الباطل وجب علينا ان نترك اهل الاجتهاد على ما اعتقدوه
مع احتمال الصحة فيه بالطريق الاولى ورد بجواب ان يقول بوجوب الضمان على من اتلف متروك التسمية عامدا لانه
مال متقوم في اعتقاد الشافعي ووجه الجواب ما قال ان ولاية المحاجة ثابتة والدليل الدال على حرمته قائم
فلم يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان هذا ما قالوه ولقائل ان يقول ونسلم ان ولاية المحاجة ثابتة لان الدليل الدال
على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى على ما قرر تم الجواب ان الدليل هو قوله
عليه السلام اتركوهم وما يدينون وكان ذلك بعقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين الى هنا لفظ العناية
واعترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور في الآخر حيث قال فيه بحث فان القاضي ينفذ ما حكم به قاض آخر على خلاف
مذهبه انتهى اقول هذا ساقط اما اولا فلان القاضي انما ينفذ ما حكم به قاض آخر اذا لم يكن ما حكم به
قاض آخر مما يخالف الكتاب او السنة المشهورة او الاجماع واما اذا كان ما حكم به مما يخالف شيئا من هاتيك
الثلاثة فلا يصح ان ينفذه القاضي اصلا كما صرحوا بذلك كله في كتاب القضاء ومثلوا لما يخالف الكتاب بالحكم
بحل متروك التسمية عامدا فانه يخالف لقوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية
عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ واما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور ان علة الامر بالترك في قوله عليه الصلوة والسلام
اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين باهل الذمة في ترك
المحاجة لا دلالة ولا قياسا ولا يخفى ان هذا يدفع السؤال بان الدليل الدال على ترك المحاجة مع اهل الذمة دال
على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان جوز تنفيذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه فيه
في دفع الجواب المذكور السؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله قوله ولو هلك في يده لا يضمن
بالاجماع قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى الدليل لان دليله الاجماع فلهذا لم يذكره المص انتهى
اقول ليس هذا بسديد لان الذي لا يحتاج الى الدليل ما اجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو احد الادلة الاربعة
الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر ان مراد المص بالاجماع ههنا هو اجماع ائمتنا
الثلاثة الذين وقع الخلاف بين اعظمهم وبين صاحبيه فيما ذكر آنفا من مسئلة الاستهلاك لا اجماع الامة
الذي هو من الادلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من امة محمد عم على

حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه كيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الائمة الثلثة يعني مالكا والشافعي واحمد لو تخللت الخمر بنفسها وهلكت في يد الغاصب يضمن واما اذا تخللت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده لا يضمن وفي قول يجب رده ويضمن انتهى فظهر منه مخالفة هؤلاء الائمة الثلثة لائمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع ان مالكا معاصر لابي حنيفة والشافعي يوم معاصر لمحمد فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعا ولم ينقل اجماع امة اخرى قبل فلم يكن حمل الاجماع المذكور على اجماع الامة كما لا يخفى وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكر الدليل لقوله ولو هلكا في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو انه لو ضمن لا يخلو اما ان يضمن قيمته يوم الغصب او يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخمر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك ايضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي انتهى كلامه اقول لهم هذا الدليل المفصل الدائر على الترديد غير مسلم ولو سلم فكونه اظهر من سائر الادلة التي ذكرها لسائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاكهما محل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلية في شيء من المسائل ثم ان تعليل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا انتهى ما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك يرشد اليه قطعا قوله في اثناء ذلك بهذا فارق الهلاك بنفسه تبصر يرشد **قوله** كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه قال صاحب العناية فيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه انتهى اقول هذا النظر ساقط اذ لا نسلم اولا ان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغاصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل والقيمة بالهلاك والاستهلاك ولئن سلم ذلك فيكون نفس الغصب سببا للضمان لا ينافي كون الاستهلاك ايضا سببا له والمقصود المصنف قياس المتنازع فيه على تلك الصورة في كون التعدي بالاستهلاك سببا للضمان التعمد استهلكه واعطاء المالك ما زاده الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الامر انه في جانب المقيس عليه سببا اخر للضمان وهذا لا ينافي صحة القياس على السبب المشترك وقد اشار اليه صاحب النهاية حيث قال في حل هذا المحل ان الاستهلاك جناية موجبة للضمان في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك في التابع الجلد على ملك صاحبه بعدما صار مالا متقوما كما في الثوب الاان هناك السبب الاول وهو الغصب موجب للضمان ايضا فلان يضمنه بان السببين شاء وههنا السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان فتعين التضمين بالسبب الثاني فكان هو في هذا السبب كغيره ولو استهلكه غيره كان للمغصوب منه ان يضمن المستهلك ويعطي الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه **قوله** ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك انتهى كلامه واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر اذ لا شك ان عدم الضمان في صورة الهلاك من غير صنعة لا يجب ان يكون باعتبار ان الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد كما تقتضيه قول الشارحين

المزبورين والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك بل الظاهر ان عدم الضمان هناك باعتبار عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي هناك كتحققه في صورة الاستهلاك على ما اشار اليه صاحب النهاية وصاحب العناية ايضا في تعليل تلك المسئلة فيما مر وكون الغصب موجبا للضمان في كل من صورتي الهلاك والاستهلاك انما هو عند تحقق الغصب الشرعي وفيما نحن فيه لم يتحقق ذلك لان كون المأخوذ مالا متقوما معتبر في حقيقة الغصب الشرعي كما تقرر في صدر الكتاب وجلد الميتة ليس بمال متقوم قبل الدباغ قطعا وانما يصير متقوما بالدباغ وكلامنا فيما اذا غصب جلد الميتة فدبغه ففي زمن الاخذ لم يتحقق الغصب الشرعي الموجب للضمان فيما نحن فيه بلا ريب ويؤيده ما قلنا ان الخمر المتخللة بنفسها ايضا غير مضمونة في صورة الهلاك بالاجماع كما مر وليس فيها صنعة متقومة يتبعها تقومها فلو كان مجرد صورة الغصب وهي الاخذ جبرا بدون تحقق الغصب الشرعي موجبا للضمان في الهلاك والاستهلاك وكان مجرد حصول التقوم للمأخوذ بعد الاخذ كافيا في تحقق الغصب الشرعي لوجب الضمان في صورة هلاك الخمر المتخللة بنفسها في يد الاخذ جبرا مع انه خلاف ما عليه الاجماع ثم اقول الاظهر بما بيناه ان كون مراد المصنف بقوله كما اذا هلك من غير صنعة ما ذكره الشارحان المزبوران مما لا يليق بقدرة الجليل وان كان في ظاهر لفظه مساعدة لذلك كان حقا علينا ان نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز ان يكون مراده بقوله كما اذا هلك من غير صنعة هو التشبيه والتنظير في مجرد عدم وجوب الضمان وان كان السبب مختلفا في الصورتين ويجوز ان يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصوص السبب وهو كون الاصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذا التابع لكن من حيث جواز ان يكون هذا السبب سببا ايضا في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعة لا من حيث وجوب ان يكون هذا السبب هو السبب في تلك الصورة كما تقتضيه قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فانه اذا لم يجب ان يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جاز ان يكون لها سبب اخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالتعدي كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب لان انتفاء احد السببين المستقلين لا يوجب انتفاء المسبب فيلزم ان لا يصح قولهما والا فالغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك تأمل تقف **قوله** ولو كان قائما فاراد المالك ان تركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة قال الشراح في تفسير قوله قيل له ذلك اي مطلقا بالاختلاف ويقتضي هذا التفسير مقابلة قوله وقيل ليس له ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى اقول تعليل هذا القول الاتفاقي بقوله لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة مشكل عندي فانه لا يمشي على اصل الامامين اذ قد مر ان اصلهما ان الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه

المالك ما زاد الصبغ فيه والتعليل المذكور هنا صريح في خلاف ذلك كما ترى لا يقال المراد هنا ان
الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان له قيمة وقتئذ والمراد بما مر ان الجلد مال متقوم بعد
الدباغ فصار كالثوب بعده فلا منافاة لانا نقول الكلام فيما اذا اراد المالك ان يتركه على الغاصب
ويضمنه قيمته بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ كما اشار اليه المص بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل
ما قيل ليس له ذلك بالاتلاف بان الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف الثوب فان عدم تقوم جلد الميتة
وقت الغصب لا ينافي عندهما كونه مضمونا على الغاصب بعد ان صار مالا متقوما بالدباغ ولهذا يجب عليه الضمان
عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالا متقوما بالدباغ باقيا على ملك المالك كما مر على انه لو كان
المراد هنا ان الجلد لا قيمة له وقت الغصب لقال المص بخلاف الثوب دون ان يقول بخلاف صبغ الثوب
لان الصبغ في الثوب بازاء الدباغ في الجلد تامل **قوله** لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده
فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه قال صاحب العناية فيه نظر لان العجز في الاستهلاك
لامر من جهة الغاصب وفيما تركه وضمنه القيمة من جهة المالك ولا يلزم من جواز التضمين في صورة تحقق
فيها الغاصب جوازه فيما ليس كذلك انتهى اقول يمكن ان يجاب عن هذا النظر بان العجز في الاستهلاك
كما كان لامر من جهة الغاصب كذلك العجز فيما تركه المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان لامر من جهة الغاصب
فان المالك انما تركه عليه وضمنه القيمة بسبب ان الغاصب زاد عليه ما له قيمة فوجب على المالك على تقدير
اخذه اعطاء ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه او لا يريد ذلك فكان السبب الاصلي لعجز الغاصب
عن رده فعل نفسه الا يرى انه لو دبغه بما لا قيمة له فكان هو للمالك بلا شيء كما سيجيء لم يكن للمالك تركه
عليه وتضمينه القيمة عندهما اصلا **قوله** ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ يعني اختلف المشايخ في كيفية
التضمين على قولهما فقال بعضهم يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما في صورة الاستهلاك وقال بعضهم يضمنه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح
اقول ثمرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندي فان قيمة جلد مدبوغ بعد ان يطرح
عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها اذ قد قال المص
فيما مر في بيان اخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه ان ينظر الى قيمته ذكيا
غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك صريح في ان ما يبقى
من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي
بعينها فما فائدة الاختلاف المذكور والمآل واحد والله تعالى
اعلم

كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الانسان مال غيره بلا رضاه في كل
منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونه لكن توفر الحاجة الى معرفته للاحتراز عنه مع كثرة اسبابه من التجاوز
في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والمزارعات وجب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح اقول لا يذهب
عليك ان الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقت ذكر كتاب الشفعة الى هنا فلا
حاجة الى الاعتذار عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة الى معرفته الخ بل الاوجه لقوله والحق تقديمها عليه
عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة قال بعض
الفضلاء بعد ان تنبه لبعض ما قلناه ثم يمكن ان يقال في وجه التقديم ان الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم
يستحق التقديم انتهى اقول ليس هذا بسديد لان الغصب لا يعم العقار عند ابي حنيفة وابي يوسف بل الغصب عندهما انما يتصور
في المنقول دون العقار كما مر في اوائل كتاب الغصب مفصلا وشرحناه وانما يتاتى عموم الغصب للعقار والمنقول على اصل محمد
والشافعي رحمهما الله كما مر ايضا ثمة ولا وجه لبناء وجه التقديم على خلاف ما ذهب اليه امامنا الاعظم وامامنا الثاني
اذ لو كفى مجرد كون العموم محل اجتهاد مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فان الشفعة ايضا تعم العقار والمنقول عند مالك
فانها واجبة ايضا في السفن على ما صرح به وسياتي في الكتاب ثم ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار وهو مادة
الفساد قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار
في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التاذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد جاء في تفسير قوله تعالى
لاعذبنه عذابا شديدا اي لالزمنه صحبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية ثم ان الشفعة في اللغة
ماخوذة من التشفيع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع ومنه شفاعة رسول الله صلى الله
عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين وفي الشريعة هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه كذا في عامة
الشروح والمتون الا انه وقع في بعضها تملك العقار بدل البقعة وصرح في بعض الشروح بزيادة قيد في آخر التعريف
وهو قوله بشركة وجوار وترك ذكره في الاكثر بناء على ظهوره اقول في الكل اشكال وهو انه لو كان حقيقة الشفعة
الشرعية هي التملك المذكور في عامة الكتب يلزم ان لا يصح ما تقرر عندهم وسيجيء في الكتاب من ان الشفعة تجب اي تثبت
بعقد البيع وتستقر بالاشهاد وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم لان ذلك صريح في ان تحقق التملك في الشفعة
عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضي او قضاء القاضي فان كانت حقيقة الشفعة في الشريعة نفس ذلك التملك لزم ان لا
يكون لقولهم الشفعة تثبت بعقد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذ الثبوت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق
وحين عقد البيع والاشهاد لم يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء القاضي لا محالة فلم يوجد التملك ايضا فعلى تقدير ان
يكون الشفعة نفس ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعقد البيع واستقرارها بالاشهاد وايضا قد صرحوا بان حكم
الشفعة جواز طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء او الرضاء فلو كانت الشفعة نفس التملك لما صح شيء من جواز طلب
الشفعة وثبوت الملك لا يكون حكما للشفعة اما الاول فلانه لا شك ان المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصول

الى تملك البقعة المشفوعة وعند حصول تملكها الذي هو الشفعة على الفرض المزبور لا يبقى مجال لجواز طلب
الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم الشيء يقارن ذلك الشيء او يعقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز
طلب الشفعة لان يكون حكما للشفعة على تقدير ان يكون الشفعة نفس التملك واما الثاني فلان ثبوت الملك
هو غير التملك في المعنى وحكم الشيء ما يغايره ويترتب عليه فلم يصلح ثبوت الملك ايضا لان يكون حكما للشفعة على
تقدير كون الشفعة نفس التملك فالاظهر عندي في تعريف الشفعة في الشريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال
ثم الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار انتهى فانه اذا كانت حقيقة الشفعة في الشريعة مجرد
حق التملك دون حقيقة التملك يندفع الاشكال الذي ذكرناه بحذافيره يظهر ذلك بالتأمل الصادق ولعل مراد عامة
العلماء ايضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة ثم ان سبب الشفعة عند عامة المشايخ اتصال ملك الشفيع بملك البائع
لان الشفعة انما تجب لدفع ضرر الدخيل عن الاصيل وهو ضرر سوء المعاملة والمعاشرة وانما يتحقق هذا الضرر عند
اتصال ملك الشفيع بالبيع وكان الخصاف رح يقول الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى ان كليهما
سبب على التعاقب وانه غير صحيح لان الشفعة اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب وذكر شيخ الاسلام
رح ان الشركة مع البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما قال ولا يجوز ان يقال البيع
شرط والشركة علة وسبب فان الشفيع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب
الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا يرى ان الابراء من سائر
الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولما لم يصح تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا ان الشركة وحدها ليس بعلة
والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتأكدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة
المشفوعة بالقضاء او بالرضاء كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزيا الى المبسوط والذخيرة والتحفة وغيرها
اقول يجوز ان يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبيع ثم تجب بالطلب انها تجب بالبيع ثم تتأكد وجوبها
ويستقر بالطلب فيؤول الى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب بالطلب نظير ما ذكره المفسرون
في قوله تعالى اهدنا الصراط المستقيم من ان معناه ثبتنا على هدى الصراط المستقيم لكون نفس الهدى متحققة
قبل الطلب ولعل نظائر هذا في كلام البلغاء اكثر من ان يحصى والعجب ان عامة ثقات المشايخ حملوا كلام ذلك الهمام
الذي له يد طولى في الفقه على ما هو بين البطلان ولم يحمله احد على المعنى الصحيح مع كونه على طرف الثمام
قوله اما الثبوت فلقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم اقول لقائل ان يقول هذا الحديث
وان دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك الا انه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوته لغير الشريك ايضا كالجار
الملاصق لان اللام في الشفعة المذكورة للجنس لعدم العهد وتعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد قصر المسند اليه
على المسند كما تقرر في علم الادب ومثل نحو قوله عليه السلام الائمة من قريش سيما وقد ادخل على المسند هنا لام الاختصاص
كما ترى فكان عريقا في افادة القصر كما في الحمد لله على ما قالوا فاقتضى انتفاء حق الشفعة من غير الشريك وهو مذهب

قلنا

قلنا اما في الجواب قال صاحب العناية بعد ذكر الحديث المزبور اي تثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع
احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الآخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فلا شفعة
انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله اما اذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قال هذا قول بمفهوم الصفة ونحن
لا نقول به الا ان يقال التخصيص بدلالة اللام الاختصاصية انتهى اقول كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط اما
الاول فلان قول صاحب العناية واما اذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجه عليه ان بيانه
هذا قول بمفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذكره بطريق الاستطراد بيانا للواقع واما الثاني فلانه
لو كانت اللام الاختصاصية مدارا للتخصيص بمعنى القصر لزم ان يدل الحديث المذكور على عدم ثبوت حق الشفعة للجار
الملاصق ايضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم ان يكون حجة علينا لا لنا قوله ولقوله عليه السلام جار الدار احق
بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا اي جار الدار احق بالدار وجار الارض احق بالارض وقوله
ينتظر له وان كان غائبا اي الشفيع لكونه على شفعته وان غاب اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج
الشريعة وتقرر منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفعته من غيبته اذ لا تاثير للغيبة في ابطال حق تقرر سببه
انتهى قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به احق بما عرضا عليه
للبيع الا يرى انه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق فيكون
احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كله احق ولان ما روي عن عمرو بن الشريد عن ابيه عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه سئل عن ارض بيت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار احق بشفعته فهذا يبطل ذلك التأويل
انتهى وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى ان الكلمة الوصلية انه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق
الاولى ففي كلامه بحث تامل انتهى اقول المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدون الواو والذي ذكره وقع
ذلك القائل ايضا تلك النسخ في لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان يكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث
وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم ان يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى واما في الرواية التي
هي الاكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها ايضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا انه يكون على شفعته
وان غاب ولا شك انه اذا كان على شفعته حال غيبته فلان يكون على شفعته حال الحضور اولى بالطريق وان ترك
الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف وكان المعنى ينتظر له الى ان يجيء ويفرغ من شفعته تحققنا الاولوية
ايضا فيما اذا لم يكن غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى ان يجيء ويفرغ من شفعته مع بعد زمان الانتظار فلان يجب
الانتظار له الى فراغه من شفعته عند حضوره او الى حصول الانفصال بينهما في زمان قليل تامل تفهم قوله وقال
الشافعي لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
قال صاحب العناية وجه الاستدلال ان اللام للجنس كقوله عليه السلام الائمة من قريش فينحصر الشفعة فيما لم يقسم
يعني اذا كان قابلا للقسمة واما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة

وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا
كلامه اقول في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم ينافي قوله آخر فان
صفة الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه
مقسوما وفي ذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق
المبيع مقسوما قلنا مراده حق كل منهما من الملك انتهى اقول فيه يختل تفريع قوله فلا شفعة فيه على قوله و
الشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما ان لا تثبت
فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالته على عدم الشفعة في المقسوم
من جهتين معا اي من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه
قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام ان يقال وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه
دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الملاصق حقه مقسوم
تينك الجهتين معا فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يرتفع الاختلال بالكلية ويطابق الشرح المشروح فان المص قال
وقال الشافعي لا شفعة بالجوار وذكر الحديث المذكور دليلا عليه ولم يتعرض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في
تخصيصه الجوار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هنا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجوار وكذلك
لا يقول بالشفعة بالشركة في الحقوق ايضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتمل القسمة كالبئر والنهر انتهى ولكن يمكن
ان يقال وجه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر **قوله**
وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا الذي لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع فسر صاحب معراج الدراية
وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المص وهذا الذي معناه بالجار حيث قالوا وهذا اي الجار
وقال صاحب العناية وحده بعد ذلك قال اي الجار يعني شفعة الدار وسكت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسر
عامتهم الفرع في قوله دون الفرع بالجار ايضا وفسره صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني واجمعوا على تفسير
الاصل بما لم يقسم اقول الحق الواضح عندي ان المراد بهذا والفرع كليهما هو المقسوم لا غير لانه لا احتمال لان يقال
الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل احد بان الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم فا
وجد الاتصال بملك البائع والصحبة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لانه الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم
لا الجار نفسه وهذا مما لا اشتباه به فعامة الشراح خرجوا في تفسير كل الموضعين عن سنن الصواب واما صاحب
العناية فقد اصاب في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم ولم يصب في تفسير هذا حيث قال فيه اي الجار كيف
ليس تأمل ايضا اذ لم يقل احد ايضا بان شفعة الجار في معنى نفس ما لم يقسم الا ان يقدر مضاف آخر في قوله معناه ايضا فيصير
المعنى ليس في معنى شفعة اي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى انه تمحل بلا ضرورة داعية الى شيء منهما فالحق ما قلته **قوله**
ولانه ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد وقرار قال تاج الشريعة ذكر التأبيد احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية

وذكر القرار احتراز عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ النقض واجب دفعا للفساد انتهى واقتفى اثره
صاحب العناية ورده بعض الفضلاء قوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمستعير ملك حتى يحترز عنه انتهى اقول
ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لان الاعارة تمليك المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب
العارية فكان قوله لان ملكه متصل بملك الدخيل متناولا للدار المسكونة بالعارية ايضا فحصل بقوله اتصال تأبيد
الاحتراز عن مثل ذلك **قوله** فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع قال تاج
الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احتراز عن الاجارة والدار الموهوبة والمجعولة رهنا انتهى وقال صاحب العناية
وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة رهنا انتهى وتبعه الشارح العيني اقول فيه بحث لان المستأجر
وان كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لان الاجارة تمليك بعوض فيتحقق له فيها نوع ملك كما في المستعير
على ما مر آنفا الا ان كلا منهما خرج بقوله اتصال تأبيد فيما قبل فما معنى الاحتراز عن الاجارة مرة اخرى بقوله هنا
عند وجود المعاوضة بالمال واما المرتهن فلا ملك له في الدار المرهونة لا من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد
خرج بالملك المذكور من قبل قطعا مع قطع النظر عن قيد التأبيد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور هنا
اصلا والحق ان هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار الموروثة والموهوبة والموصى بها والمجعولة مهرا فانه في كل منهما
تحقق المعاوضة الملك والتأبيد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شيء منها **قوله**
لان الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى قال بعض الفضلاء الدليل اخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم ان يكون
في خطة آبائه بل قد يكون مالكا بالشراء والهبة انتهى اقول المعنى المقصود من هذا الدليل ان الضرر في حقه بازعاجه
عن خطته الاصلية التي تقررت اقوى فيعم ما كان مالكا له بالشراء او الهبة الا انه عبر عن اصالة خطته وتقررها
باضافتها الى آبائه مبالغة في اصالتها وتقررها وبناء على ما هو الاكثر وقوعا في العادة فاخصية الدليل المذكور بالنظر
الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه **قوله** وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق
ضرر غيره هذا جواب عن قول الشافعي لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع يعني ان التعليل بذلك غير صحيح
لان مؤنة القسمة امر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غير مشروع وهو تملك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح
قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذكر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض انتهى اقول هذا عذر
بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدل به الخصم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن
ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في احد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب
كما عرف في علم اصول الفقه وعلى تقدير التساقط هنا يلزم ان لا يثبت مدعاه وكذا ان لا يحصل مطلوبنا لا محالة فلا بد في
الجواب اما من بيان الرجحان فيما رويناه او من بيان المخلص على وفق قاعدة الاصول اللهم الا ان يقال يكفينا دليلنا
العقلي عند تحقق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد اجاب بعضهم بان قوله
الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبان قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت

الطرق مشترك الالزام لانه عليه السلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي انه اذا وقعت الحدود ولم يصرف
الطرق بان كان الطريق واحدا يجب الشفعة انتهى اقول في كل من هذين الجوابين نظر اما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي
وعامة الشروح فلانه مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص
كون الشفعة فيما لم يقسم بالذكر حتى يتم الجواب عنه بان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك
على ان اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم كما في قوله عليه السلام الائمة من قريش وقد صرح
به في اثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب ان ارادة القصر يدل على نفي ما عدا المذكور فالاولى في الجواب عنه ما ذكره
تاج الشريعة وهو ان الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للمبالغة كما يقال العالم في البلد فلان
وان كان فيه علما واذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث اقوى الاسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم
اقوى ولهذا قدمناه على غيره انتهى واما في الثاني فلانه حصول الالزام للشافعي بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت
الطرق على الوجه المذكور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي وان قال بمفهوم المخالفة الا ان له شرايط عنده منها
ان لا يخرج الكلام مخرج العادة كما في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم على ما عرف في الاصول فله ان يقول فيما نحن فيه ان قوله
وصرفت الطرق خرج مخرج العادة لكون الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على انه اذا كان الطريق واحدا يجب الشفعة
ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغي ان يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه ملزما ايانا ايضا ولو كنا ملزمين
بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي ايضا ملزما به وتلك القدعة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند
الضرورة وعن هذا لم يقع التعبير بانه مشترك الالزام في كلام صاحب غير العناية فالاولى في الجواب عن آخر ذلك الحديث
وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ما اشير اليه في الكافي وذكره كثير من الشروح من انه لم يثبت كون
ذلك من نفس الحديث بل يجوز ان يكون من كلام الراوي فلا يكون حجة للخصم في عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما صح
من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة للجار ولئن ثبت كونه من نفس الحديث فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة
عملا بما رويناه اي جمعا بين ذلك الحديث وبين ما رويناه ومعناه فلا شفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود
وصرف الطرق وانما قال هذا لان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع ان يتوهم استحقاق الشفعة بها كما في البيع
فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بها ازالة لذلك الوهم واورد علينا من قبل الشافعي انه عليه السلام
قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما لاثبات المذكور ونفي ما عداه واجيب عنه بعبارات مختلفة قال
في الكافي والكفاية وانما قد يقتضي تاكيد المذكور لا نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انت منذر انتهى وقال في النهاية
وكلمة انما قد يجيء للاثبات بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد زيد اي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد
نفي العلم عن غيره وههنا كذلك فان الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في البقعة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة
حتى لا يزاحمه غيره فكان محمولا على اثبات للمذكور بطريق دون نفي غيره انتهى وقال في البدايع اما الحديث فليس
في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا يقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا

لا ينبغي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم انتهى اقول فيما ذكر في البدايع خلل بين اذ قد تقرر في علم الادب
انه يوخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصور في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم مدلول انا والمقصور
عليه هو البشرية ولا شك ان المراد بالمذكور هو المقصور عليه اذ باثبات ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصر عليه
كما لا يخفى فقوله وهذا لا ينبغي ان يكون غيره عليه السلام بشرا مثلهم لا يدل على ان لا يقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي
هو المقصور عليه لان غير المقصور عليه في قوله تعالى قل انما انا بشر مثلكم انما هو غير البشرية لا غيره عليه السلام
والحاصل ان كلمة انما في الآية المذكورة لقصر المسند اليه على المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينبغي غيره
عليه السلام بشرا مثلهم يبتني على ان يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعا **قوله** واما الترتيب فلقوله
عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع و
الشفيع هو الجار قال صاحب غاية البيان فسر صاحب الهداية الشريك بمن كان شريكا في نفس المبيع والخليط بمن كان شريكا في
حقوق المبيع وهما في اللغة سواء انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول كان مرادهما مواخذة المص بتفسيره المزبور
كما هو المتبادر من ظاهر لفظهما فالجواب بين فانه لما وقع في الحديث الشريك احق من الخليط علم ان المراد بالشريك هنا
غير الخليط اذ لا معنى لكون الشيء احق من نفسه فلا بد ان يحمل احدهما على نوع مما اطلق عليه في اللغة والآخر على نوع
آخر منه ثم لما كانت مزية الشريك في نفس المبيع على الشريك في حقوق المبيع اظهر واجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه
بالثاني ولم يعكس فلا غبار عليه **قوله** قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة
اقول لا ارى لقوله هذا فائدة سوى الايضاح والتاكيد بعد ان قال قبله الشفعة واجبة للخليط في نفس
المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار فان ذلك كما افاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء
افاد الترتيب ايضا كما صرح به صاحب الهداية كيف لا وكلمة ثم صريحة في افادة التاخر وليس للمتاخر في الترتيب استحقاق
حق عند وجود المتقدم فيه بلا ريب **قوله** فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار
لما بينا من الترتيب اقول تعليل هذه المسئلة بقوله لما بينا من الترتيب غير تام لان ما بينه من الترتيب
لا يقتضي ان يستحق المتاخر عند وجود المتقدم وتسليمه لجواز ان يكون المتاخر محجوبا بالمتقدم كما في
الميراث على ما قال به ابو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ ح لا يستحق المتاخر شيئا عند وجود المتقدم سلم
او استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت
المسئلة هكذا فان لم يوجد الخليط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق والشرب فان لم يوجد هذا ايضا
اخذها الجار لان الترتيب يقتضي هذا المعنى لا محالة فالمناسب ان يترك التعليل المذكور ههنا ويكتفي
بما سبق من قوله ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل لا آخره **قوله** والشريك في المبيع قد يكون
في بعض منها كما في منزل معين من الدار قال في العناية اخذا من النهاية مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت
وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار انتهى اقول في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند الفقهاء

دون الدار وفوق البيت واقله بيتان او ثلثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما ترقى في باب الحقوق
من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعوا اليه
في كلام المص فلا وجه لارتكابه قولــه والبقعة واحدة يعني بقعة الدار المبيعة واحدة فاذا صار
الشفيع احق ببعضها كمنزل معين منها اوجدار معين منها صار احق بجميعها قال صاحب العناية في شرح
قوله والبقعة واحدة اراد الموضع الذي هو مشترك بين البايع والشفيع وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار
احق بالبعض كان احق بالجميع انتهى اقول فيه خلل لان الموضع الذي هو مشترك بين البايع والشفيع
في مسألتنا هو منزل معين من [illegible] اوجدار معين منها وواحدة ذلك لا تؤثر في استحقاق الشفيع جميع الدار
وانما المؤثر فيه وحدة مجموع الدار وهي لا تلزم من تفسير الشارح المزبور وايضا قوله فاذا صار احق بالبعض
كان احق بالجميع انما يطابق وحدة مجموع الدار المبيعة لا وحدة الموضع الذي هو مشترك بين البايع والشفيع
فكان بين اول كلامه وآخره تنافر لا يخفى قولــه قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده اقول كون معنا
بعده محل كلام من حيث العربية فان مجيء الباء بمعنى بعد لم يذكر في مشاهير كتب العربية فالاظهر ان يكون الباء
في قوله تجب بعقد البيع بمعنى مع للمصاحبة والمقارنة فانه كثير شايع مذكور في عامة معتبرات كتب الادب
والمعنى المقصود ههنا يحصل به ايضا بلا كلفة كما لا يخفى على الفطن المتامل فلا مقتضى للعدول عنه قولــه
لانه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه يعني في قوله ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
كما ذكر في العناية وكثير من الشروح اوفي قوله لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار
كما ذكر في الكفاية قال صاحب العناية وهذا قول عامة المشايخ لانها انما تجب لدفع ضرر الدخيل بسوء المعاملة و
المعاشرة والضرر انما يتحقق باتصال ملك البايع بملك الشفيع ولهذا قلنا يثبت للشريك في حقوق
المبيع والجار لتحقق ذلك انتهى اقول في قولهم والضرر انما يتحقق باتصال ملك البايع والشفيع
مناقشة لانهم ان ارادوا بذلك ان الضرر انما يتحقق بمجرد اتصال ملك البايع بملك الشفيع يلزمهم ان
يتحقق الضرر للشفيع قبل ان يبيع البايع ملكه لتحقق اتصال ملكه بملك الشفيع قبل البيع فيلزمهم ان تجب الشفعة
قبله ايضا لدفع ذلك الضرر وليس كذلك قطعا وان ارادوا بان الضرر انما يتحقق بمدخلية اتصال ملك
البايع بملك الشفيع فهذا لا ينافي مدخلية البيع ايضا فلا يلزم ان يكون سببها هو الاتصال كما ادعوا فليتأمل
ثم قال صاحب العناية ورد بانه لو كان الاتصال هو السبب لجاز تسليمها قبل وجوده بعد السبب الا يرى
ان الابراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب صحيح واجيب بان البيع شرط ولا وجود للمشروط
قبله ورد بانه لا اعتبار لوجود الشرط بعد تحقق السبب في حق صحة التسليم كاداء الزكوة قبل الحول و
اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل والجواب ان ذلك شرط الوجوب ومحل الكلام فيه وانما هو في شرط الجواز ولتناع
المشروط قبل تحقق الشرط غير خاف على احد انتهى كلامه اقول لقائل ان يقول امتناع تحقق المشروط قبل

تحقق

على اتصال السبب بالمحل كما قال القائل ان يكون بعد تحقق شرط العصب ... مانعاً ع

تحقق الشرط ضروري سواء كان المشروط هو الجواز او الوجوب فاذا كان عدم تحقق شرط الجواز مانعا
عن ذلك فلزم ان لا يكون الواجب متاديا باداء الزكوة قبل الحلول لعدم تحقق شرط الوجوب قبله وكذا الحال
في اسقاط الدين المؤجل قبل حلول الاجل مع ان المصرح به في موضعه خلاف ذلك ثم اقول يمكن ان يجاب بان المراد
بالوجوب في قوله ان ذلك شرط الوجوب هو وجوب الاداء دون نفس الوجوب فان نفس وجوب الزكوة
يتحقق بملك النصاب النامي وحولان الحول انما هو شرط وجوب ادائها كما صرحوا به في كتاب الزكوة وكذا حلول
الاجل في الدين المؤجل انما هو شرط وجوب ادائه لا شرط نفس وجوبه فالالزم ان لا يتحقق وجوب الاداء
قبل الحلول وقبل حلول الاجل ولا يلزم منه ان لا يكون الواجب بنفس الوجوب متاديا باداء الزكوة قبل الحول
وباداء الدين قبل حلول الاجل والمصرح به في موضعه انما هو تادي الواجب بنفس الوجوب لا غير قولــه
والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار والبيع تعرفها اي يعرف رغبة البايع
عن ملك الدار وفسرها صاحب العناية ضمير فيه في قوله والوجه فيه بهذا التاويل حيث قال والوجه فيه اي في
هذا التاويل وتبعه العيني اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة انه لا مدخل للتاويل الذي ذكره المص
بقوله معناه بعده لا انه هو السبب في جريان هذا الوجه اذ هو جار بعينه على تقدير ان يكون معنى كلام
القدوري ان البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فلا حاجة الى بناء هذا الوجه على ذلك التاويل
بارجاع ضمير فيه اليه بل لا وجه له عند التحقيق لان المص علل تاويله المذكور بقوله لان سببها الاتصال
على ما بيناه فما معنى ان يكون قوله والوجه فيه تعليلا له بعد ذلك فالحق ان قوله والوجه فيه الخ
متصل باول الكلام وهو قوله والشفعة تجب بعقد البيع ومن عادة المص انه اذا كان في عبارة المسألة عقدة
يحلها ثم يذكر دليل المسألة وههنا ايضا فعل كذا قولــه ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه حتى
ياخذها الشفيع اذا اقر البايع بالبيع وان كان المشتري يكذبه اقول فيه تامل اذ قد تقرر فيما مر ان
علة ثبوت حق الشفعة عندنا انما هي دفع ضرر الدخيل عن الاصيل بسوء المعاملة والمعاشرة والظاهر
ان ذلك الضرر انما يتحقق عند ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو الدخيل لا عند ثبوته في حق البايع
مع تكذيبه المشتري لان البايع اصيل كالشفيع فمن اين يتحقق ضرر الدخيل عند عدم ثبوت البيع
في حق المشتري حتى يثبت حق الشفعة لدفع ذلك الضرر تفكر قال في العناية ونوقض بما اذا باع
بشرط الخيار له او وهب وسلم فان الرغبة عنه قد عرفت وليس للشفيع الشفعة واجيب بان ذلك
تردد لبقاء الخيار للبايع بخلاف الاقرار فانه يخبر به عن انقطاع ملكه عنه بالكلية فعومل بزعمه
والهبة لا تدل على ذلك لان غرض الواهب المكافاة ولهذا كان له الرجوع فلا ينقطع عنه حقه بالكلية
انتهى اقول في الجواب عن النقض بصورة الهبة بحث لانه ان كان مدار ذلك على مجرد كون غرض
الواهب المكافاة لا يستقيم اصلا فان كون غرضه المكافاة لا ينافي رغبته عن ملكه الا يرى انه غرض

البائع ايضا المكافاة بالثمن مع انه لاينافي رغبته عن المبيع بل يدل عليها كما ذكرنا وان كان
مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لايندفع النقض
بالهبة التي لايصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقريبه المحرم او لزوجته او اخذ العوض عنها بغير
شرط في العقد وغير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصور لايصح رجوع الواهب
وينقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانقطاع حق البائع عن المبيع مع انه لاشفعة فيها فبقي النقض بها
قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولايمكنه الا بالاشهاد اقول فيه شيء وهو ان
احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا انكر المشتري طلبه واما اذا لم ينكره فلا احتياج
الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لايبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما اذا لم ينكر الخصم
طلبه مع ان الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت
الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد
في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا يبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا
قلت هذا مصير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في ان التعليل الثاني هل يصلح ان يكون
دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المص ولانه يحتاج الخ **قوله** وتملك بالاخذ اذا سلمها
المشتري او حكم بها حاكم اقول عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين احدهما ان قوله او حكم بها حاكم عطف
على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز الاخذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم فلزم ان يكون
معتبرا في حكم الحاكم ايضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب ان المعطوف عليه في كل امر يجب
للمعطوف عليه بالنظر الى قيده مع ان الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل اخذ الدار على ما نصوا عليه حيث
قال في الكافي بعد قوله او حكم بها حاكم فانه يثبت الملك بحكمه وان لم ياخذ الدار وقال في شرح الكنز
للزيلعي اي يملك الدار المشفوعة باحد امرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه او بحكم الحاكم من غير اخذ
وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتملك بالاخذ بالتراضي وبقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي
عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم يثبت الملك للشفيع قبل اخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل
عن ذلك حيث قال معنى التمليك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري او بقضاء القاضي فانه صريح في
اعتبار الاخذ في قضاء القاضي ايضا وثانيهما ان تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري وانما
فان المص صرح فيما مر آنفا بانه يكتفي بثبوت البيع في حق البائع حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع
بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام ان يقال
اذا سلمها الخصم بل لعله اذا سلمها المشتري يشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المص فيما بعد قبل حكم الحاكم
او تسليم المخاصم تبصر

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لما لم يثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح اقول هذا بيان لوجه
لوجه ذكر الشطر الاول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض احد منهم لوجه ذكر الشطر الثاني منهما
وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه انه لما كان للخصومة في الشفعة شان مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر
الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها ايضا اصالة **قوله** اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو ان
يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله قبل الباب
لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه اقول
فلقائل ان يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواثبة يدل ايضا على لزوم الاشهاد فيه حيث قال فلا بد من الاشهاد
والطلب وسياتي التصريح منه بان الاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والجواب ان المراد بالاشهاد المذكور هناك
هو الذي في طلب التقرير دون طلب المواثبة يرشد اليه تقديم الاشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الاشهاد والطلب
اذ لو كان المراد بالاشهاد هناك هو الاشهاد على طلب المواثبة لكان ذكر الطلب بعده لغوا اذ لا يتصور الاشهاد
على طلب المواثبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله قبيل ذلك ويستقر بالاشهاد اذ الشفعة لا
تستقر الا بعد طلب التقرير والاشهاد على مقتضى ما سياتي في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المص ولقوله عليه السلام
الشفعة لمن واثبها اقول في وجه الاستدلال بهذا الحديث نوع اشكال لانه ان كان مداره على نفي الشفعة
عمن لا يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لا نقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون حجة لنا وان كان مداره على ان لام
الجنس في الشفعة ولام الاختصاص في لمن واثبها تدلان على اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحمد لله ان لامي
الجنس والاختصاص دلتا على اختصاص الحمد بالله تعالى فيرد عليه النقض بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لشريك لم يقاسم
كما ذكر في صدر هذا الكتاب اذ يلزم ان يدل ذلك ايضا على نفي الشفعة عمن ليس بشريك لم يقاسم مع ان الشفعة ثابتة
عندنا لغير الشريك ايضا كالجار الملاصق فتامل **قوله** والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة
طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد قال صاحب النهاية وذلك لان طلب المواثبة ليس لاثبات
الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم انه غير معرض عن الشفعة وغير راض بجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه انتهى
واقتفى اثره صاحب العناية وعد تحقيقا حيث قال وتحقيقه ان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم انه
غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط انتهى اقول لقائل ان يقول طلب التقرير والاشهاد ايضا ليس
لاثبات الحق بل ليعلم انه غير معرض عن الشفعة وانما الذي لاثبات الحق طلب الخصومة مع ان الاشهاد في طلب التقرير لازم
على ما يقتضيه كلام المص في بيان طلب التقرير والاشهاد فيما بعد فكان ذلك الوجه الذي عده صاحب العناية تحقيقا منقوضا
بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه
الا بالاشهاد كما ذكره المص فيما قبل الباب وسياتي ذكره مرة اخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك
انما يكون وجها للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذي ذكره الشارح ان المزبوران لعدم لزوم الاشهاد

في طلب المواثبة بل زوجه في طلب التقرير كما بيناه وكلامنا في هذا الوجه على ان في ذلك الوجه ايضا كلاما لانه
ان اريد انه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي فان اعترف به الخصم فهو ممنوع وان اريد انه يحتاج
الى اثباته عند التجاحد فكذا الحال في طلب المواثبة ايضا ثم اقول يمكن ان يمنع لزوم الاشهاد في طلب
التقرير ايضا بناء على ما ذكره الامام قاضي خان في فتاواه حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد
لا لان الشهادة شرط بل ليمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم انتهى فانه يدل على ان الاستشهاد في طلب التقرير
ايضا ليس بلازم بل انما هو لنفي التجاحد كما في طلب المواثبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال واما
الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتوثقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول انتهى فح
كان الوجه الذي ذكره الشارحان المزبوران سالما من الانتقاض كما لا يخفى **قوله** وقالا يجب عليه ان
يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا اقول في التقييد بقوله اذا كان
الخبر حقا ضرب اشكال لان الكلام فيما اذا بلغ الشفيع بيع الدار بالاخبار وفي ذلك انما يحصل له العلم بكون الخبر
حقا بسبب الوثوق باخبار مخبره والظاهر ان مدار الوثوق باخبار مخبره فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار
هو حال المخبر كعدالته وتعدده مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبر ابو ح رح واذا لم يكن شيء من العدد
والعدالة شرطا عندهما فيما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا فما معنى تعليق وجوب
الاشهاد على الشفيع اذا اخبره واحد مطلقا بكون الخبر حقا ولا طريق العلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى
اخبار الواحد فان افاد مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل
حال لا يرى للتعليق بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم انه مما يجب التنبيه له ان المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب
المواثبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم ان يكون قوله ههنا يجب عليه ان يشهد مناقضا لقوله فيما مر والاشهاد
فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المص والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هذا لا يناقض قوله
يجب عليه ان يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب المواثبة وانه واجب على تقدير ان يطلب
الشفعة فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته حمل عامة
الشراح الاشهاد المذكور ههنا على نفس طلب المواثبة لئلا يخالف ما ذكره المص من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها ايضا
من ان الاشهاد في طلب المواثبة ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد **قوله** وصورة هذا الطلب ان يقول
ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك اقول
في هذا التصوير نوع تقصير لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الاشارة بهذه الدار انما يتصور في
هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجموع الاقسام الثلثة للاشهاد اعني الاشهاد على البائع او على المشتري او عند العقار
اللهم الا ان يكون بمجرد التمثيل دون احاطة الاقسام لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره
صاحب الذخيرة حيث قال وصورة هذا الطلب ان يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا

شفيعها بالجوار للدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وانا اطلبها الآن ايضا فاشهدوا بذلك ويحضر
المشتري ويقول باع هذا من فلان الدار التي حدودها كذا وانا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا او يحضر البائع
ويقول هذا باع من فلان دار التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا انتهى **قوله** واذا بين ذلك يسأله عن سبب
شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها تم دعواه قال صاحب العناية قيل لم يتم بعد
بل لابد ان يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع او لا لانه لو لم يقبض لم يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع
ثم يسأله عن النسب ثم يقول له متى اخبرت بالشرى ليعلم ان المدة طالت او لا فان عند ابي يوسف ومحمد اذا تطاولت
فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المص لانه ذكر ان الفتوى على قول محمد في عدم البطلان
بالتاخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت واخبرت من غير لبث سأله
عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تاخير سأله عن المطلوب بحضرته بل كان اقرب اليه من غيره فان قال
نعم فقد صح دعواه انتهى اقول القائل صاحب النهاية اخذ من الذخيرة وتبعه بعض اخر من الشراح وقد غير صاحب العناية
عبارتهم في النقل وافسد فان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب المواثبة فقال طلبت حين علمت او قال حين
اخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد وهل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تاخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي
طلب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين ان الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد
صح دعواه الى هنا عبارتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله
لانه عبر عن طلب المواثبة بطلب الاشهاد وحيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت
حين علمت واخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك ان اطلاق طلب الاشهاد على طلب المواثبة
مخالف لاصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك بما احطت به خبرا في اقسام الطلب وايضا قد قيل فيما قبل سأله متى
اخبرت بالشرى وكيف صنعت حين اخبرت بالشرى وقد نقله صاحب العناية ايضا فيما قبل فعلى تقدير ان يقال
ههنا ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاشهاد ومراده به طلب المواثبة يصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب المواثبة
سأله عن طلب المواثبة لان سؤاله قبله بكيف صنعت حين اخبرت سؤال عن طلب المواثبة لا محالة فيلزم تكرار
السؤال عن طلب المواثبة بخلاف ما اذا قيل ثم اذا سأله عن طلب المواثبة سأله عن طلب الاشهاد كما وقع في عبارتهم
فانه لا يلزم ح شيء من المحذورين المذكورين اما عدم لزوم المخالفة لاصطلاح الفقهاء فظاهر واما
عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب المواثبة فان الكلام اذ ذاك ملقى في صورة الشرطية فمقدمها وهو قولهم
اذا سأله عن طلب المواثبة اشارة الى ما ذكر فيما قبل من السؤال بكيف صنعت حين اخبرت وليس فيه حكم
جديد حتى يلزم التكرار تامل تفهم **قوله** ومن اشترى دار الغير فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد
والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه اقول هذا التعليل يجري بعينه فيما اذا سلمها الى الموكل
مع انه ليس بخصم هناك فكان ينبغي ان يزاد عليه قيد فارق بين الصورتين بان يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة

من حقوق العقد ولا يد في الدار وكان المص انما ترك ذلك القيد اعتمادا على انفهامه من تعليل صورة التسليم

فصل في الاختلاف

لما ذكر مسايل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسايل الاختلاف بينهما وقدم الاولى لان الاصل هو الاتفاق **قوله** ولا نص هنا فلا يتحالفان قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام انما النص في حق البايع والمشتري مع وجود مبنى الانكار من الطرفين هناك فوجب اليمين لذلك في الطرفين ولم يوجد الانكار هنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فلذلك لم يجب التحالف هنا انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان ايضا يشعر بذلك فانه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المص من قبل فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف انتهى **اقول** ليس هذا الشرح صحيح لان وجود مبنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين انما هو فيما اذا وقع الاختلاف قبل القبض واما اذا وقع بعد القبض فمبنى الانكار هناك ايضا انما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة مخالفا للقياس ولكنا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بينهما تحالفا وترادا وقد تقرر ذلك كله مستوفا في باب التحالف من كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص ان لا يوجد مبنى الانكار من الطرفين لا ينتقض ذلك قطعا بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو ان الشفيع مع المشتري ليس في معنى البايع والمشتري من كل وجه لانتفاء شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقانهما في حكم التحالف وقد افصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد النص فيه بالتحالف من كل وجه لان ركن البيع وان وجد لكن بالنظر الى فوات شرطه وهو الرضاء لم يوجد فلا يلحق به انتهى قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكنز ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وفي المشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون في معنى ما ورد النص فامتنع القياس انتهى **اقول** الخلل في كلامه اشد واظهر فانه قال اولا لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص ايضا فيما الانكار والدعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرح به قاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخرا فامتنع القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الالحاق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فبمجرد امتناع القياس هنا لا يتم المطلوب نحو العبارة ان يقال فلا يلحق به لعدم القياس والدلالة **قوله** وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا **اقول** لقايل ان يقول البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعي على الشفيع شيئا فلهذا

لايتحالفان

لا يتحالفان بالاتفاق كما مر آنفا فلزم ان لا يصح بينة المشتري اصلا فضلا من ان ترجح على بينة الشفيع كما قال ابو يوسف ثم **اقول** يمكن الجواب عنه بان المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعيا في الحقيقة الا انه مدع صورة حيث يدعي زيادة الثمن ومن كان مدعيا صورة تسمع بينته اذا اقامها كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع واقام عليه بينة على ما عرف في محله واما الحلف فانما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة الا يرى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وعجز عن اقامة البينة عليه فانما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه برد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال اقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف اصلا فرجح ابو يوسف بينته بناء على كونها اكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وحجتهما ما ذكرنا مرارا بماذكر قبله بقوله لان الشفيع يدعي استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكر ليس بسديد لان هذا لم يكن عن ابي يوسف الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المص بقوله ولهما انه لا تنافي الخ وبقوله ولان بينة الشفيع ملزمة الخ ولهما محمد واخذ بهما وحكى ثانيتهما ابو يوسف ولم يا بهما كما ذكروا في الشروح **قوله** وهو التخريج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه **اقول** لقايل ان يقول ان اريد ان الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه **اقول** لقايل ان يقول ان اريد ان الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع لظهور الاختلاف في بعض الاحكام وان اريد ان الوكيل مع الموكل كالبايع والمشتري في بعض الاحكام وان اريد الوكيل مع الموكل كالبايع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم لكن الشفيع والمشتري ايضا بمنزلة البايع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم لكن الشفيع والمشتري ايضا بمنزلة البايع والمشتري في بعض الوجوه كما صرحوا به قاطبة فلا يتم الفرق فليتامل في الدفع **قوله** وبعد التسليم نقول لا ينفسخ الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه **اقول** يرد على ظاهره ان البيع الثاني لا ينفسخ هنا ايضا الا بفسخ الاول ضرورة عدم تصور بيع شيء واحد من شخص واحد مرتين الا بفسخ الاول ويدل على لزوم الفسخ هنا ايضا قول المص فيما قبل ههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وذلك يقتضي تحقق الفسخ في نفسه والجواب بان مراد المص بالفسخ في قوله لا ينفسخ الثاني الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنا لا الفسخ في حق المتعاقدين والذي لم تحققه ضرورة في الفصلين معا هو الثاني دون الاول فمعنى كلام المص هنا ان الفسخ يظهر في حق الثالث هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين واما هنا فبخلافه اي لا يظهر في حق الثالث وثمرة هذا الخلاف ان الثالث هنالك وهو المالك القديم ياخذ العبد المأسور من المشتري منه العدو بالثمن الثاني واما الثالث هنا وهو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري باي الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المص ذلك ولكن ما وجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنا في حق الشفيع وما الفرق بينهما قلت حق الشفيع تعلق بالدار وقت وجود البيع الاول واما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد الاخراج

الى دار الاسلام او الاخراج اليها لم يكن الا بالبيع الثاني فافترقا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما يتم وقد اهمله
الشراح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع **فصل فيما يؤخذ به المشفوع** لما فرغ
من بيان المشفوع وهو الاصل لانه المقصود ومن حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي
يؤديه الشفيع لانه ثمن والثمن كذا في الشروح وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري
بمثل ما يملكه اقول كان الظاهر ان يقول بمثل ما ملك به لان الشفيع انما يتملك بمثل الثمن الذي تملك به المشتري
لا بمثل المبيع الذي تملكه المشتري ولهذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض ياخذها الشفيع بقيمة العرض وهو الثمن لا
بقيمة التي هي المبيع كما قال اهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي والفارق بينهما هو الباء ولا بد من ذكرها
ههنا ولقد احسن صاحب الكافي حيث قال ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما يتملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو
المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى انتهى **قوله** وليس الرضى به في حق المشتري رضى به في حق الشفيع لتفاوت
الناس في الملاءة قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقريره لا بد في الشفعة من الرضى لكونها مبادلة ولا رضى في حق
الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضى به في حق المشتري ليس برضى في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة فتخلف المعلوم
وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل ان يقول لما كان الرضى شرطا وجب ان لا يستحق الشفعة لانتفائه
من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز ان يثبت الاجل كذلك والجواب ان ثبوته بدونه ضروري ولا
ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ذلك ليس
بدليل آخر بل انما هو تتمة الدليل السابق ذكر لدفع ما عسى يتوهم ان يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع
صريحا ولكن تحقق بينهما ضمنا من حيث ان الرضى بالاجل في حق المشتري رضى به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر
من قوله لتفاوت الناس في الملاءة فلا احتياج اصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقدير مقدمات
لجعل ذلك دليلا مستقلا وايراد سؤال على التزام جواب بعيد عنه بل لا وجه للقول بانه لا بد في الشفعة من الرضى
عند من احاط بمسائل الشفعة خبرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم وتملك
الشفيع الدار بالتراضي او بقضاء القاضي حيث جعلوا قضاء القاضي مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما
سببا مستقلا للملك **قوله** ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها
من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان قال صاحب العناية قوله وان اخذها المشتري رجع البائع
على المشتري بثمن مؤجل الخ يوهم ان الشفيع يملك ببيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس
كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يحمل على ما كان مقتضى العقد والاجل ليس مقتضى العقد والا
مقتضى الشرط فيبقى مع من ثبت الشرط في حقه انتهى وقد اقتفى اثره الشارح العيني اقول هذا خبط فاحش
منهما فان عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فاخذ الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري
واخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في الدار المشفوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة

ام بعقد

ام بعقد جديد انما هو فيما اخذها الشفيع من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري واما فيما اذا اخذ الشفيع
من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل احد بان انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول ولا مجال له اصلا وانما هو
بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد اشار اليه قول المصنف في اواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه
المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري
وانه يوجب الفسخ انتهى فالصواب ان قول المصنف هنا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري اشارة
الى صورة اخذها من يد البائع قبل ان يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل اشارة الى ما ذكره في باب طلب
الشفعة والخصومة فيها من ان العقد ينفسخ في حق الاضافة الى المشتري ويتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو
المختار وان قوله وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان اشارة الى صورة اخذها
من يد المشتري بعد ان قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفعة فيبقى موجبه فصار كما اذا
باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا اشارة الى ان تملك الشفيع في هذه الصورة بعقد جديد كما نبه عليه في الباب
المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض
انتهى فكان كل من المسئلتين المذكورتين ههنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما اصلا
قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قال صاحب العناية
قوله وهو متمكن من الاخذ في الحال الجواب عن قول ابي يوسف الاخير وتقريره لا نسلم ان المقصود به الاخذ ولئن
كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا انتهى اقول فيه نظر اما اولا
فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول ابي يوسف الاخير كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح
المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه داب المصنف في نظائره واما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره
الشارح المزبور في اول التقرير مما لا يفهم من عبارة المصنف في قوله المزبور بوجه من الوجوه الدلالات فكيف يصح حمل كلام المصنف
عليه واما ثالثا فلان قوله ولئن كان فلا نسلم انه ليس بمتمكن من الاخذ في الحال بل هو متمكن منه بان يؤدي الثمن حالا
مما لا يكاد يصلح ان يكون جوابا عن دليل قول ابي يوسف الاخير في هذه المسئلة لان دليله على ما ذكر في المبسوط وفي
شروح هذا الكتاب حتى العناية نفسها ان الطلب غير مقصود لعينه بل للاخذ وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه
الذي يطلبه وهو الاخذ بعد حلول الاجل والاخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم ير فيه
فائدة لا لاعراضه عن الاخذ انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان منع تمكنه من الاخذ في الحال بناء على تمكنه منه بان
يؤدي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من انه في الحال لا يتمكن من الاخذ على الوجه الذي يطلبه
فان اداء الثمن حالا ليس على الوجه الذي يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف ابي يوسف في قوله الاخر فيما اذا لم يختر
الشفيع اخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن
حالا جوابا عن ذلك والحق ان يحمل قول المصنف وهو متمكن من الاخذ في الحال الخ على تتميم دليل الوجه وتحرير تمامه

بان يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل على تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح
اخذ من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول ابي يوسف الاخر وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة
قد ثبت بدليل انه لو اخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت من الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى
فصل مسائل هذا الفصل مبنية على تغيير المشفوع اما بالزيادة او بالنقصان بنفسه او بفعل
الغير فلما كان التغير فرعا على غير المتغير كان جديرا بالتاخير فجعل فصل على حدة **قوله** لان في ايجاب الاخذ
بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه قال صاحب النهاية في تفسير قول المص وهذا اي وهذا
المدعى الذي قلنا وهو ان لا يكلف المشتري بقلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسر سائر الشراح ايضا ولكن
بعبارات شتى فقال صاحب العناية اي ما قلنا ه انه لا يكلف وقال صاحب الكفاية اي قول ابي يوسف انه لا
يكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية اي القول بعدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء
والغرس وقال الشارح العيني اي ما قلنا من عدم ايجاب القلع ووجوب قيمة البناء والغرس اقول للقائل
ان يقول قد تلخص من جملة ذلك ان المشار اليه بكلمة هذا في قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ اصل
مدعى ابي يوسف رح فيلزم ان يكون قوله لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ دليلا على ما كان قوله ولابي يوسف
انه محق في البناء الخ دليلا عليه فينبغي ان يقول او لان في ايجاب الاخذ بالقيمة الخ على اهل الطريقة المعهودة
عند تعدد الادلة والجواب ان من عادة المص في كتابه هذا انه اذا اراد ان يبين لمية مسئلة بعد انيتها
يسلك هذا المسلك دائما ان مفاد الدليلين يختلف من حيث الانية واللمية وان كان اصل المدعى واحد
فكانهما صار دليلين على شيئين مختلفين فعليك على ذكر منك فانه ينفعك في موارده وقد كنت نبهت
عليه من قبل ايضا فلا تغفل **قوله** وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه اقول هنا
كلامه وهو ان المص قال قبيل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم
لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او بقضاء القاضي وبين ذلك وما قاله هنا تدافع فان
المفهوم مما ذكر هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث يثبت الملك اولا للمشتري ثم ينتقل منه الى الشفيع بالتراضي
او بقضاء القاضي وما ذكر هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب ان المراد بما ذكر ههنا
تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكر هناك تقدم المشتري على الشفيع في التملك والتملك مغاير
للاستحقاق ومؤخر عنه اذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة ان للشفعة احوالا ثلثا الاستحقاق
والاستقرار والتملك وان الاول يثبت باتصال التملك بشرط البيع والثاني بالاشهاد والثالث بالاخذ
بالتراضي وبقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين اذ كون الشفيع اقدم في الاستحقاق لا ينافي
كون المشتري اقدم في التملك كما لا يخفى **قوله** بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة
قال جماعة من الشراح ان قول المص بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فانه فيها تسليط

من جهته اقول فيه بحث لان المص علل الخلاف المذكور بوجهين احدهما قوله ولان حق الاسترداد
فيهما ضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلا بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور
بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون الاسترداد فيهما ضعيفا كون التسليط فيهما من جهة من له الحق
كان راجعا الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجها آخر معطوفا على الاول وان لم يكن علة ذلك كون
التسليط فيهما من له الحق فلا يصلح ان يكون تعليلا للخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له
الحق فالحق عندي ان قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجه ظاهر الرواية فالمعنى
ان مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد ثم يكون التعليل بقوله لانه حصل
بتسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ناظرا الى قوله فيه لان
حقه اقوى من حق المشتري فيتم التعليل لا من معا بلا غبار وقال جمهور الشراح انما قيد بقوله عند ابي حنيفة رح
لان عدم جواز استرداد البائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول ابي حنيفة رح
واما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية انتهى اقول لقائل ان يقول اذا جاز
عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد ايضا فكيف يتم قياس ابي يوسف رح في دليله المذكور
في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد
ينافي قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسدا في ان لا يكلف القلع كما هو مذهب
ابي يوسف رح ههنا فان قلت يجوز ان يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسدا في دليله المذكور
مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة رح بمذهبه في الشراء الفاسد كما افصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال
في شرح قوله والمشتري شراء فاسدا هذا احتجاج من ابي يوسف على ابي حنيفة بمذهب ابي حنيفة رحمهما الله قلت
ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جدا لان قياسه المزبور لم يذكر بصدد الجواب عما قاله صاحبه بل ذكر
بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح ان يكون مجرد الاحتجاج على الخصم سيما على ابي حنيفة رح فقط ثم اقول
الاوجه في التوجيه ان يقال ان لابي يوسف رح في البناء بعد الشراء الفاسد قولين احدهما ان للبائع
حق استرداد البيع بعد قلعه وقد ذكر المص في فصل احكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما
انه ليس للبائع ذلك كما قاله ابو حنيفة رح وقد نقله صاحب العناية عن الايضاح حيث قال وذكر في الايضاح
ان قول ابي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله الاخر مع ابي حنيفة رح انتهى وكذا لابي يوسف رح في مسئلتنا
هذه قولان احدهما ما ذكره المص بقوله وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع الخ وهذا ما رواه عنه
الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله ابو حنيفة رح ومحمد وزفر رحمهم الله وهو الذي ذكر في الكتاب بان قال
هو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا
رواية محمد عن ابي يوسف رح ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد والحسن بن ابي مالك

عنه صرح بذلك كله ابو الحسن الكرخي في مختصره وذكر في غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز ان يكون قوله
ابي يوسف بقوله والمشتري شراء فاسدا في الاستدلال على احد قوليه في هذه المسئلة مبنيا على قوله الآخر من قوله
في مسئلتنا البناء بعد الشراء الفاسد وهو ان لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول ابي ح فيها ويكون تقييد المصنف قوله
وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند ابي ح احترازا عن قول محمد وعن واحد قولي ابي يوسف فيها وهو قوله الاول كما عرفت
فتدبر **قوله** ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى قال صاحب غاية البيان بهذا ايضاح بضعف حق
الاسترداد في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على
مذهب ابي ح لا على مذهب ابي يوسف فكيف يحتج بمذهب ابي ح رح على مذهبه ولابي يوسف ان يقال هذا مذهبك
لا مذهبي وعندي حق الاسترداد بعد البناء باق في الشراء الفاسد انتهى اقول نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح
من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس ابي يوسف على الموهوب له وعلى المشتري
شراء فاسدا كما صرح بذلك الناظر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسدا انما يتم على القول بعدم بقاء حق الاسترداد
للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسدا فان كان مراده بقياسه المذكور اثبات مدعاه كما هو الظاهر من عبارة
الكتاب على ما نبهنا عليه من قبل كان قياسه المذكور مبنيا على قوله الآخر في مسئلة الاسترداد وهو كقول ابي ح فليس له
ان يقول هنا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور مجرد الاحتجاج على ابي حنيفة بمذهب ابي ح كما ذهب اليه
ذلك الناظر في شرح ذلك المقام فلا شك في ان له الاحتجاج عليه بما ذكره من الفرق والايضاح على مذهبه فلا
معنى لقول ذلك الناظر فكيف يحتج بمذهب ابي ح على صحة مذهبه واجاب صاحب العناية عن النظر المزبور بوجهين
آخرين حيث قال فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب ابي ح فالاستدلال به
لا يتم والجواب انه يكون على غير ظاهر الرواية او لانه لما كان ثابتا بدليل ظاهر لم يعتبر خلافه فيها انتهى كلامه اقول في كل
من وجهين الجواب نظر اما في الاول فلان المصنف بصدد بيان ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحمل كلامه في ذلك العقد على
غير ظاهر الرواية واما في الثاني فلان الظاهر ان الدليل الظاهر الذي كان عدم بقاء حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد
ثابتا به انما هو حصول ذلك الشراء بتسليط من جهة من له الحق وهو البائع كما في البيع الصحيح فانه المذكور دليلا
على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف هنا دليلا اولا فكيف يبنى عليه تمام الدليل الثاني الذي كان اثنانيه
تبصر تفهم **قوله** والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور
ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري مجبور عليه اقول كان الاولى ان يقال ولا غرور ولا تسليط في حق
الشفيع لا من البائع ولا من المشتري ليعم ما اخذه من البائع وما اخذه من المشتري ويطابق قوله فيما قبل ولا يرجع
بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذه منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن هذا قال في الكافي ولا غرور
في حق الشفيع لانه تملك عن صاحب اليد جبرا بغير اختيار منه وقال في النهاية نقلا عن المبسوط ولا غرور في حق
الشفيع لا من جانب البائع ولا من جانب المشتري لانه تملك صاحب اليد جبرا من غير اختيار فلا يرجع انتهى ورد

صاحب

صاحب الايضاح والاصلاح التعليل بالاخذ جبرا حيث قال انما يرجع بقيمة البناء او الغرس على احد لا لانه
اخذ جبرا لانه يتمشى فيما اخذ بالتراضي بل لانه ليس بمغرور والمشتري انما يرجع على البائع لانه مغرور من جهته
انتهى اقول ليس في شيء لان قيد الجبر ماخوذ في تعريف الشفعة على ما ذكر في عامة الكتب حتى ان ذلك
المراد نفسه ايضا اخذ ذاك القيد في تعريفها حيث قال في متنه الشفعة تملك مبيع عقار جبرا بمثل ثمنه وفسر في شرحه
قيد جبرا بما يعم صورة الاخذ بالتراضي ايضا حيث قال يعني لا يعتبر اختياره لا انه يعتبر عدم اختياره ولا يخفى
ان توجيهه هناك هو التوجيه هنا ولا يخل بالفرق بين المشتري مع البائع وبين الشفيع مع خصمه لتمام ذلك
الفرق باعتبار الاختيار في الاول وعدم اعتباره في الثاني ولا يتوقف على اعتبار الاختيار في الاول واعتبار عدمه
في الثاني تامل تقف بقي شيء في كلام الاصلاح والايضاح وهو انه نفى كون مدار الفرق والجبر والاختيار وحكم
بان مداره الغرور وعدم الغرور فلقائل ان يقول ان كان سبب الغرور في المشتري وعدم الغرور في الشفيع كون
البائع مختارا وخصم الشفيع مجبورا كما هو الظاهر من تقرير المصنف يلزم المصير اليه البتة وان كان سببهما غير ذلك فهو
غير واضح سيما بين الشفيع الآخذ برضى خصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بان يقال سبب غرور المشتري
التزام البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور من جهته فيرجع عليه
بالثمن وبقيمة البناء لدفع الغرور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة انتهى والظاهر ان خصم
الشفيع وان رضي باخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافترقا

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

ذكر تفصيل ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب بعد ذكر نفس الوجوب مجملا لان التفصيل بعد الاجمال كذا في الشروح
قوله الشفعة واجبة في العقار قال جمهور الشراح العقار كل ما له اصل من دار او ضيعة اقول تفسير العقار
بهذا الوجه مما يأباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة وهو قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة في
كل شيء عقار او ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به كتب اللغة ونص عليه الشراح هنا وعطف في الحديث
المذكور على العقار والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا ان
يجعل ما في الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوة والصلوة الوسطى لكن النكتة
غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلمة او مما لم يسمع قط ثم اقول قال الامام المطرزي في المغرب
والعقار الضيعة وقيل كل ما له اصل من دار او ضيعة انتهى فلعل ما وقع في الحديث المذكور وارد على
اول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما
ذكره جمهور الشراح هنا مطابق للتفسير الثاني منهما فكانهم اختاروه هنا لكونه المناسب للمقام لان
الشفعة كما تثبت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها ايضا على ما صرحوا به ثم اعلم انه قال الجوهري
في الصحاح في فصل العين من باب الراء والعقار بالفتح الارض والضياع والنخل ومنه قولهم ماله دار

ولا عقار انتهى وقال في فصل الضاد من باب العين من الصحاح والضيعة العقار والجمع ضياع اقول في كلامه اختلال
لانه فسرا ولا بما يشمل الاقسام الثلثة وهي الارض والضياع والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار
فلزم تفسير الاخص بالاعم كما ترى **قوله** ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة
الا في ربع او حائط اقول فيه شيء وهو ان الظاهر ان وجه الاستدلال بهذا الحديث هو انه عليه السلام حصر
ثبوت الشفعة في الربع والحائط فدل ذلك على انتفاء حق الشفعة في غيرهما ومن غيرهما العروض والسفن
فيرد عليه ان مقتضى ذلك الحصر ان لا يثبت الشفعة في عقار غير ربع وحائط ايضا كضيعة خالية مثلا وليس كذلك
قطعا فكيف يتم التمسك به فان قلت يمكن ان يحمل القصر المستفاد من الحديث المذكور على القصر الاضافي دون الحقيقي
بان يكون المراد قصر ثبوتها على ربع وحائط بالاضافة الى العروض والسفن لا غير وعليهما بالنسبة الى جميع
ما عداهما فلا يرد المحذور المزبور قلت من اين نفهم ان اضافة ذلك القصر الى العروض والسفن لا الى العروض
فقط دون السفن ولا الى ما يتم شيئا مما سوى العروض والسفن وما القرينة على ذلك حتى يتم الاستدلال
بالحديث المذكور ويصير حجة على مالك في ايجابها في السفن كما ذكر المص فتامل **قوله** واذا ملك
العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك
به المشتري صورة او قيمة على ما مر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد تقدم ان الشفعة انما تجب
في العقار ومن شرطها ان يتملك بعوض هو مال لان مراعاة شرط الشرع وهو التملك بمثل ما ملك المشتري
صورة في ذوات الامثال وقيمة في ذوات القيم على ما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع واجبة وهي انما تمكن اذا
كان العوض مالا فان الشرع قدم الشفيع على المشتري في اثبات حق الاخذ له بذلك السبب لا بانشاء سبب آخر
ولهذا لا تجب في الموهوب لانه لو اخذه بعوض فكان سببا غير السبب الذي تملك به المتملك انتهى اقول
لقائل ان يقول لم لا يجوز ان ياخذه بلا عوض بالسبب الذي تملك به المتملك وهو الهبة بلا عوض لا يقال لا
يتصور الهبة بدون رضى الواهب والمتملك لا يرضى بخروج الموهوب من يده بلا عوض فلا علك الشفيع اخذه
بلا عوض لانا نقول مدار الشفعة على عدم اعتبار رضى المتملك وعن هذا قالوا ان حق الشفعة معدول عن سنن
القياس لما فيه من تملك المال على الغير بغير رضاه كما مر في صدر كتاب الشفعة فلا تاثير لحديث عدم رضى المتملك
بخروج الموهوب من يده بلا عوض في عدم ثبوت حق الشفعة في الموهوب فالوجه التام في عدم ثبوت حق
الشفعة في الموهوب والموروث وامثالهما ما ذكر في الكافي وغيره وهو ان الشفعة عندنا تختص بمعاوضة
مال لانها تثبت بخلاف القياس بالاثار في معاوضة مال بمال فتقتصر عليها **قوله** وعند الشافعي
تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها وقيمة الدار والعبد في الصلح
والاعتاق انتهى اقول في قوله وقيمة الدار نظر اذ الكلام في قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصور
المذكورة لا في قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العمد فالواجب عند الشافعي رح قيمة دم العمد على

زعمه لا قيمة الدار لا يقال لما جعل دم العمد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار لانا نقول لو اقتضى هذا
القدر ان يصير قيمة احد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصورة المزبورة كلها قيمة
الدار لكون كل منها عوضا من الدار ولم يقل به احد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية ايضا ثم
ان بعض الفضلاء لما تنبه لاجمال ما قلنا قال كان الكلام في قيمة الاعواض لا في قيمة الدار والعبد فتامل
انتهى اقول لم يصب في زيادة العبد والحاقه بالدار في المؤاخذة فان العبد ماخوذ في جانب الاعواض المقابلة للدار كما
يفصح عنه عبارة الكتاب فيكون الكلام في قيمة الاعواض لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم اعتاق
العبد لا نفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بد له من المصير الى قيمة العبد في تقويمه والكلام هنا على
اصله واما التحقيق من قبلنا فسيجيء من بعد **قوله** وكذا الدم والعتق متقوم قال في العناية انما افردهما لان
تقومهما ابعد لانهما ليسا بمالين فضلا عن التقوم انتهى اقول فيه بحث لان تمامه يتوقف على كون سائر الاعواض التي ذكرت
مالا وان لم يكن متقومة وليس الامر كذلك فانها ايضا ليست باموال عندنا وقد افصح عنه قول المص فيما قبل هذه الاعواض
ليست باموال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست باموال على اصلنا والحق عندي في تعليل ان تقومهما ابعد
ان يقال لانهما ليسا بمتقومين اصلا لا بالتقوم الضروري ولا بغير الضروري بخلاف ما سواهما من الاعواض التي ذكرت
فانها متقومة بالتقوم الضروري كما مر آنفا **قوله** وفيه اشكال اوضحناه في البيوع فلا نعيده قال في النهاية
هذه الحوالة في حق الاشكال غير رائجة بل فيه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار
فبيعت دار بجنبها الخ وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال رائجة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن
السؤال وقيل لم يقل في بيوع هذا الكتاب فيجوز ان يكون اوضحه في كفاية المنتهى كذا في العناية اخذا من معراج الدراية
اقول لا يذهب ان قوله فلا نعيده يابى عن ان يكون مراده بقوله اوضحناه في البيوع ايضاحه في بيوع كفاية المنتهى
لان ذكر شيء في كتاب هو بعد ان ذكر في كفاية المنتهى لا يعد اعادة والا لزم ان يكون اكثر مسائل هذا الكتاب بل جميعها من
قبيل الاعادة لكونها مذكورة في كفاية المنتهى **قوله** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة قال صاحب العناية وفي
قوله ومن ابتاع دارا شراء فاسدا تلويح الى ان عدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسدا ابتداء لا ان الفساد اذا كان بعد انعقاده
صحيحا فحق الشفعة باق على حاله انتهى وقال بعض الفضلاء في بيان وجه التلويح حيث اتى بالجملة الفعلية الدالة على الحدوث
لا الاستمرار انتهى اقول هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفساد كما يوجد ايضا فيما اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل
الحدوث في الصورة الثانية اظهر واجلى لان الفساد يحصل فيها بعد ان لم يكن في ابتداء العقد واما في الصورة الاولى
فهو مما سلف الابتداء والانتهاء ففيها استمرار الفساد بالنسبة الى الصورة الثانية فمجرد الاتيان بالجملة الفعلية
ان لم يكن ملوحا الى الثانية فلا اقل من ان يكون ملوحا الى الاولى والصواب ان وجه التلويح الى ذلك هو جعل قوله
شراء فاسدا قيدا للابتياع الذي هو اصل العقد فعلم به ان المراد هو الفساد في ابتداء العقد لا الفساد الطاري
وهو مما لا استتر به **قوله** وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد واعتراض

عليه بانه لم لا يجوز ان يثبت المفسد في حق الشفيع كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري التي اشتراها بشرط الخيار في
حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري
دون الشفيع واجيب عنه بان فساد البيع انما يثبت بمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه او لفساد في نفسه
كجعل الخمر ثمنا فلو اسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن وهو فاسد ايضا فلا يمكن انفكاك البيع عن
مفسد فلا يثبت الشفعة هناك واما الخيار فانما يثبت للمشتري بمعنى خارج عن العوضين اذ هو للتامل
والتروي فباسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا اشتراط خيار هذا
زبدة ما في الشروح واورد بعض الفضلاء على قولهم فلو اسقطنا العوض لفساد فيه بقي البيع بلا ثمن حيث
قال فيه بحث اذ لا حاجة الى اسقاط العوض بل يكون اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر في
البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور فلا اسقاط الشرط المفسد الراجع الى العوض في عقد
المتبايعين بالبيع الفاسد يستدعي اسقاط نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط
بانتفاء شرطه واما امكان عدم اسقاط ما يصلح لان يكون عوضا في متعلق البيع فغير مفيد لان الشفيع انما
يستحق اخذ المشفوع بالثمن الذي اخذ به المشتري لا بمطلق جنس الثمن واما الثاني فلان اعتبار قيمة
مثل الخمر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل الخمر ليس بمال متقوم عند اهل الاسلام فكيف يتصور
اعتبار القيمة لما لا قيمة له واما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة له لكونه مالا متقوما عندهم
لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا
في البيع الفاسد فلا معنى للايراد المذكور اصلا واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم
بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
قال صاحب العناية ولانها لو وجبت للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر انتهى اقول فيه نظر اما
اولا فلان كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضي ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن
مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فلا اقل من كونه معه وقد تاخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد
الافراز الذي به يزول ملك كل واحد من المقتسمين عن الجزء الشائع في حصة الآخر واما ثانيا فلانه لا يلزم
من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يمنع عنه وهو التعذر المذكور عدم وجوبها للجار الآخر الذي لم
يتحقق في حقه ذلك المانع فلا يتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم
لانه شريك والشريك اولى من الجار ولا يجوز ان يقدم الجار على الشريك انتهى اقول فيه ايضا نظر اما اولا فلان
المقاسم انما كان شريكا قبل الاقتسام واما بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقديم الجار على الشريك واما ثانيا فلان
تقديم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة واما اذا لم يثبت حقها لمانع كما نحن
فيه فلا يتصور تقديم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلانه الا ترى انه اذا اشترى دارا

فسلم الشريك الشفعة فيها اخذها الجار لسقوط حق الشريك كما مر في اوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه ان يقدم
الجار على الشريك فكذلك فيما نحن فيه **قوله** ومراده الرد بالعيب بعد القبض قال جماعة من الشراح اي مراد
القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال
الشارحون قوله ومراده اي مراد القدوري في قوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض وفيه نظر لانه نقض
قوله هنالك ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه انتهى وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب النهاية وفيه كلام
وهو انه يمكن ان يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض
وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتامل انتهى كلامه يعني يمكن ان يقال من جانب هؤلاء
الشارحين ان مراد صاحب الهداية بحمل قول القدوري او بعيب بقضاء قاض على الرد بالعيب بعد القبض صيانة
كلام القدوري عن اللغو فان الرد قبل القبض لما كان فسخا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة اصلا سواء كان بقضاء
او بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله او بعيب بقضاء قاض الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في
صورة عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى
يناقض قوله هنا قوله فيما سبق اقول الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وان ذكره ذلك البعض
ساقط اما الاول فلانه لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الرد بالعيب بعد القبض
فيما بعد بيان قول القدوري وان ردها بعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي ان يذكر قبله اثناء بيان قوله ثم ردها
المشتري بخيار رؤية او شرط او عيب بقضاء قاض ومنه مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربة باساليب
كلام الثقات سيما الفصحاء واما الثاني فلان عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض
لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير قول القدوري او بعيب بقضاء قاض عاما شاملا لصورتي القبض
وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض افراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك
القيد مصونا عن اللغو وغير مخل بعمومه في الفرد الآخر ايضا اذا لم يكن ذلك القيد منافيا للعموم في ذلك الفرد الآخر
وههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض ايضا غاية الامر ان تأثير القضاء
في عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر بعد القبض

باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة **قوله** واذا ترك الشفيع الاشهاد حين
علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا
مبطلا للشفعة وذكر قبل هذا في باب طلب الشفعة ان الاشهاد ليس بلازم وانما هو لنفي التجاحد وكذلك
ذكر في الذخيرة وغيرها ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر اصحابنا الاشهاد عند هذا الطلب في الكتب بطريق
الاحتياط حتى لو انكر المشتري هذا الطلب تمكن الشفيع من اثباته لا لانه شرط لازم وما لم يكن الاشهاد
شرطا لازما لم يكن تركه مبطلا للشفعة فما وجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل ان يريد ههنا الاشهاد نفس

طلب المواثبة ولكن لما كان طلب المواثبة لا ينفك عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهادا والدليل
على هذا ما ذكر من التعليل في حق ترك طلب المواثبة مثل ما ذكر من التعليل هنا كذا في النهاية ومعراج الدراية و
والكنز وتاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور هنا بطلب المواثبة حيث قال وان ترك الشفيع
الاشهاد اي طلب المواثبة واستغنيا بهذا التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسره
صاحب العناية ايضا بما فسراه به لكن قال بعده وانما فسره بذلك لئلا يرد ما ذكر هنا ان الاشهاد ليس بشرط فان
ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله ويعضده قول المص من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك
على المطالبة طلب المواثبة وقوله هنا لاعراضه عن الطلب الى هنا كلامه اقول فيه خلل لان جعل قول المص
هنا لاعراضه عن الطلب عاضدا اي معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب هنا نفس طلب المواثبة صحيح
اذ لو كان الاشهاد هنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة بتركه لاعراضه عن الاشهاد دون
ان يقول لاعراضه عن الطلب وهو الذي اشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقولهما والدليل عليه ما ذكر من
التعليل هنا انتهى واما جعل قول المص من قبل والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواثبة
عاضدا ايضا لذلك فليس بصحيح اذ لا يذهب على ذي مسكة ان مراد المص هناك بقوله المزبور هو ان المراد بقوله في الكتاب
على المطالبة طلب المواثبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب اشهد طلب المواثبة اذ لو كان
كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على احد
والمفسر هنا بطلب المواثبة نفس الاشهاد فاين هذا من ذاك وكيف يتصور ان يكون احدهما عاضدا للاخر قوله
وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل انما هو مجرد حق
التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط
قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض اما بطلان الشفعة
فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح الاعتياض عنه
واما رد العوض فلان حق الشفعة اسقاطه لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملائم وهو ان يعلق اسقاطه
بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للمشتري سلمت شفعته هذه الدار ان آجرتنيها او غيرتنيها فبالفاسد
وهو ما ذكر فيه المال اولى انتهى كلامه اقول هذا شرح سقيم غير مطابق للمشروح لانه وقع تعليل المص بقوله
لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة
الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه دليلا على قوله بطلت وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه الخ دليلا على قوله ورد العوض
على طريقة اللف والنشر المرتب ولا يخفى على ذي فطرة سليمة فتأمل في كلام المص ادنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك
وهذا مع كونه غايته جليه قطعا بمعنى المقام يرشد اليه جدا التفريعات المذكورات في ذيل الدليلين الحاصلين
من التوزيع اعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيبطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تتبع واعرف

صاحب غاية البيان على قول المص ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى حيث قال ولنا فيه نظر
لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط الا يرى الى ما قال محمد في الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه
الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره او قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها
لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض
كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا ينزل الا
بعد وجود الشرط فلا ينزل التسليم انتهى قال الشارح العيني بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخراج هذا
النظر الغير الوارد من قول الشيخ ابي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال فيه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب
ان لا تبطل شفعته ايضا لانه انما ابطل حقه بشرط سلامة العوض فاذا لم يسلم وجب ان لا تبطل كما في الكفالة اذا صالح
الكفيل المكفول له على مال صح براءته من الكفالة لما لم يجب العوض لم تثبت البراءة قيل له بان المال لا يصلح عوضا عن الشفعة
فصار كالخمر والخنزير في باب الخلع والصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط القصاص اذا وجد القبول من المرأة
والقاتل ولم يجب شيء كذا هنا واما الصلح عن الكفالة بالنفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط في رواية
ابي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية ابي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق
ان حق الشفيع لا يسقط بعوض معنى فان الثمن سلم له فانه متى اخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن فمتى سلم له
الثمن فقد سلم له نوع عوض بازاء التسليم فلا بد من القبول بسقوط حقه في الشفعة فاما المكفول له فلم
يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحصل له عوض اصلا فلا يسقط حقه في الكفالة انتهى وفهم هنا
الجواب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح العيني اقول لا يذهب عليك انه لا يحصل
من الجواب المذكور في كلام الشيخ ابي المعين الجواب عن النظر المزبور بل لا مساس له بذلك لان ما وقع من السؤال
والجواب في كلام الشيخ ابي المعين متعلق باصل المسألة والنظر المزبور متعلق بمقدمة الدليل وهي قوله
ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فاحدهما بمعزل عن الاخر كيف وقد ذكر صاحب الغاية اولا كلام الشيخ ابي المعين
بتمامه نقلا عنه حيث قال واورد الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع سؤالا وجوابا في هذا الموضع قال
فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان لا يبطل شفعته ايضا الى اخر كلامه ثم اورد نظره المذكور في حاشية
اخرى ولم يجب عنه فبينهما بون لا يخفى ثم قال صاحب العناية في قوله على عوض اشارة الى ان الصلح اذا كان على
بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين احدهما ان يصالحه على اخذ نصف الدار وفيه الصلح
جائز لفقدان الاعراض والثاني ان يصالحه على اخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز
لان حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان في قوله على عوض
اشارة الى ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة اذ لا يتصور اشارة قوله المذكور الى ذلك
الا بطريق مفهوم المخالفة ولا شك ان مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم

بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض اصلا اذ لا يصلح شي منها الان يكون عوضا فيصير الصلح في
جميع هذه الصور بلا عوض وان منهوم قوله في جواب المسئلة تبطلت الشفعة ورد العوض يعم ايضا
ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة ايضا
فمن يتبين هذه الاحتمالات كيف تحصل الاشارة الى خصوص ان الصلح اذا كان على بعض الدار صح
او لم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما
صرح به في المبسوط وعامة المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام اشارة عبارة الكتاب اليه كما ادعاها
صاحب العناية واما ثانيا فلان تعليل جواز الصلح في الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد
الاعراض مما لا يكاد يتم لان فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما ايضا كما صرح به مع عدم جواز
الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على ما نص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الاول
ان يقال لكون الحصة معلومة تدبر قوله وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا اشار به الى قوله ولان
حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه كذا في الشروح قال
بعض الفضلاء وانت تعلم ان ما بينه لا يفي بتمام المدعى هنا اذ لا اسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة
مقدمة اخرى انتهى اقول نعم لا اسقاط في البيع الحقيقي واما ما نحن فيه وهو بيع الشفعة بمال فليس
ببيع حقيقي بل هو في ذلك بما بينه من قبل وهو قوله لان حق الشفعة ليس بحق متقرر الى قوله فلا يصح الاعتياض
عنه فانه اذا لم يصح الاعتياض عنه لم يكن بيعا حقيقيا لانه من المعاوضات المالية ولم يكن ايضا شيئا
من المعاوضات اصلا فلا جرم كان اسقاطا فتم به المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع
شفعته بمال كان تسليما لان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فيصير كلامه عبارة
عن الاسقاط مجانا كبيع الزوج زوجته من نفسها انتهى قوله واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف
درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الفا واكثر فتسليمه باطل قال
صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها الفا واكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها اقل مما اشترى من الدراهم
كان تسليمه باطلا ايضا لان اطلاق ما ذكر في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال
في المبسوط وكذلك لو اخبر ان الثمن عبدا وثوب ثم ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته
ولم يتعرض ان قيمة المكيل والموزون اقل من قيمة الذي اشتراها به او اكثر وكذلك تعليله دال عليه
وكذلك مما ذكر في الايضاح من الاطلاق والتعليل دال عليه وهكذا ايضا استدل في الذخيرة
بما ذكر في المبسوط وقال فلو اخبر ان الثمن شي هو من ذوات القيم فسلم ثم ظهر انه كان مكيلا
او موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي ثم قال فعلى هذا القياس لو ان الثمن
المفتي هم فاذا ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته على كل حال الى هنا لفظ النهاية وقال

وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها الفا واكثر غير مفيد فانه لو كان قيمتها
اقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا ايضا وتكلف لذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فان
التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى فلان لا يصح اذا ظهر اقل اولى اقول ما ذكره
صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها
الفا واكثر غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها الفا واكثر
او اقل كان التقييد بكونها الفا واكثر غير مفيد قطعا فان لم يكن مخلا بناء على ايهامه في بادي
الراي تقييد الحكم ايضا فلا اقل من كونه مستدركا وان عدنا التلويح بسلوك مسلك الدلالة بالاولوية
امرا تماما في هذا المقام كفى ان يقال قيمتها اكثر فان التسليم اذا لم يصح فيما اذا ظهر الثمن اكثر من المسمى
فلان لا يصح فيما اذا ظهر اقل منه او مساويا له اولى فلا مخلص من استدراك احد القيدين قوله
واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار بخلاف ... التفاوت
الناس في الجوار فالرضا بجوار هذا لا يكون رضا بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد في الجامع
لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره فهذا
ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق الشفيع بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض
كالطلاق والعتاق فيصح تعليقه بالشرط ولا ينزل الا بعد وجوده انتهى قال صاحب العناية ههنا
بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا كما ترى ينافي قول المص فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد
اولى انتهى ولا يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي اورده الشارح الاتقاني فيما تقدم على قول المص
ونقلناه عنه وذكرنا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال وانت خبير
بان فرقا ما بين شرط وشرط فما سبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة والرضا بالجوار مطلقا
بخلاف ما ذكر هنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع اذا ما اشترى به الدار لم يدل التسليم على الاعراض اذ لا قدرة له على
ثمنه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عمرو فليتامل انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان
حاصله حمل الشرط المذكور في كلام المص فيما سبق على الشرط المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض و
حمل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على
الاعراض ولا يخفى على الفطن ان شيئا من كلا منهما لا يساعده لفظ اصلا اما كلام المص فلانه لو قال ولا
يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى ولا شك ان او لو بتر عدم تعلق اسقاطه بالفاسد من عدم
تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما تظهر اذا كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز
المخصوص لجواز ان يكون مخصوصة حالة مانعة عن التعليق ثم توجد تلك في الفاسد واما كلام الامام
محمد فلانه قال لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق فيصح تعليقه بالشرط ولا يخفى ان

ما يتفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطا محضا انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقا لا صحة تعليقه بشرط معين
سيما الشرط الذى لا يدل على الاعراض فان كونه اسقاطا يقتضى الاعراض وعدم الاعراض مثل نقف

فصل لما كانت الشفعة تسقط فى بعض الاحوال علم ان لا احوال فى هذا الفصل لاحتمال ان يكون
الجار فاسقا يتادى به وفى استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من شر هذا الجار فاحتيج
الى بيانه كذا فى العناية وغيرها ولما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البايع يخرج المبيع من يده وملكه
بالبيع فيحصل به الخلاص من اذية مثل ذلك الجار الفاسق فما الاحتياج الى استعمال الحيلة لاسقاطه
شفعته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قيد قول صاحب العناية يتادى به فى قوله لاحتمال ان يكون الجار
فاسقا يتادى به بان قال فى استيفاء الثمن وقال ويجوز ان يقال ذلك فيما اذا كان للبايع دار اخرى وراء الدار
المبيعة فتدبر انتهى اقول الاظهر عندى ان يقال المقصود من اسقاط شفعة مثل ذلك الجار الفاسق الذى
يتادى به دفع تاذى الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تادى نفس البايع
ولا يذهب علينا ان هذه الفائدة مما يتحقق فى كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر **قوله**
والا وجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال
صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره فى شفعة فتاوى قاضيخان فقال ومن الحيلة انه اذا اراد ان يبيع الدار
بعشرة الاف درهم يبيعها بعشرين الفا ثم يقبض تسعة الاف درهم وخمسمائة ويقبض بالباقى عشرة دنانير اقل
او اكثر فلو اراد الشفيع ان ياخذها بعشرين الفا فلا يرغب فى الشفعة ولو استحقت الدار على المشترى لا يرجع
المشترى بعشرين الفا وانما يرجع بما اعطاه لانه اذا استحقت ظهر انه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف
كما لو باع الدينار بالدراهم التى للمشترى على البايع ثم تصادقا انه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف انتهى
واقتفى اثره صاحب العناية فى بيان معنى كلام المص هنا بذلك المعنى المذكور فى فتاوى قاضيخان الا انه لم يتعرض
لكون ذلك مذكورا فيها بل جعله شرحا محضا لكلام المص هنا حيث قال وقوله والاوجه الخ تقريره اذا اراد
ان يبيع الدار بعشرة الاف درهم الخ ما ذكر فى النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان اقول لا يذهب على ذى
فطنة ان معنى كلام المص هنا ليس عين ما ذكر فى فتاوى قاضيخان وفى الشرحين المزبورين فان معنى كلامه
ان يباع بكل الدراهم التى هى الثمن دينار ومعنى ما ذكر فيها ان يقبض بعض منها ويباع بالباقى دنانير عشرة
قال المص فيما اذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا ثم لا يرجع المشترى بعشرين الفا وانما يرجع
بما اعطاه نعم كلا المعنيين مشتركان فى ادفعهما الجوار والشركة وان لا يتضرر بائع الدار فيهما العدم لزوم
رجوع مشترى الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار فى شىء منهما فصار احدهما نظير الاخر فى الحيلة
لا عينه فلا يصلح احدهما لان يكون بيانا وشرحا للاخر كما لا يخفى **قوله** ولا تكره الحيلة فى اسقاط
الشفعة عند ابى يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله قال فى العناية اخذا من النهاية ومعراج الدراية

اعلم ان الحيلة فى هذا الباب اما ان تكون للدفع بعد الوجوب او لدفعه فالاولى مثل ان يقول المشترى للشفيع انا
اوليها لك فلا حاجة فى الاخذ فيقول نعم يسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه قال
بعض المشايخ غير مكروه عند محمد وهو الذى ذكر فى الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكوة
ومنهم من قال لا يكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بلا خلاف وانما الخلاف فى فصل الزكوة انتهى اقول فى هذا
التقرير شىء وهو انه اما ان يراد بالاجماع والاختلاف فى قوله وهو مكروه بالاجماع والثانى مختلف فيه اجماع المجتهدين
واختلافهم فى نفس المسئلة او يراد بذلك اجماع المشايخ واختلافهما فى الرواية واياما كان لا يخلو التقرير المذكور
عن اضطراب اما على الاول فلان القطع بكون الثانى مختلفا فيه لا يكون تاما الا ان الاختلاف الاجتهاد فى الثانى
انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة واما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين فى عدم كراهة الحيلة
فى هذا الفصل وانما الخلاف بينهم فى فصل الزكوة كما ذكر واما على الثانى كما هو المتبادر من قوله قال بعض
المشايخ غير مكروه الخ فلان القطع بكون الاول مكروها لا يصح ح لان شمس الائمة السرخسى روى عدم كراهة
الاحتيال فى باب الشفعة على كل حال حيث قال فى باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيل والاستعمال
بهذه الحيل لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد
المشترى الاقرار به وانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول ابى يوسف واما عند محمد فيكره ذلك
على قياس اختلافهم فى الاحتيال لاسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكوة انتهى وقال الامام قاضيخان
فى فتاواه ذكر محمد رح فى الاصل الحيلة فى اسقاط الشفعة ولم يذكر الكراهة قالوا على قول ابى يوسف رح لا تكره وعلى قول
محمد تكره وهذا بمنزلة الحيلة لمنع وجوب الزكوة ومع الاستبراء على قول ابى يوسف لا تكره وقال بعض مشايخنا
تكره الحيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتيال لابطال حق واجب وقبل الوجوب ان كان الجار فاسقا يتادى منه
فلا باس به وقال الشيخ الامام شمس الائمة السرخسى لا باس بالاحتيال لابطال حق الشفعة على كل حال اما قبل وجوب الشفعة
فلا شك كما لو ترك اكتسابا للمال للمنع وجوب الزكوة وبعد وجوب الشفعة لا يكره الاحتيال ايضا لانه احتيال لدفع
الضرر عن نفسه لا الاضرار بالغير فظاهر ما ذكر فى الكتاب يميل هذا الى هنا لفظ فتاوى قاضيخان

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من تابع
النصيب الشائع لما ان اقوى اسباب الشفعة الشركة فاحد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة
ومع عدم بقائه باع فوجبت عنده الشفعة هذا زبدة ما فى عامة الشروح وقال فى النهاية ومعراج الدراية بعد
ذلك اولان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلوة والسلام الشفعة فيما لم
يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفى يقتضى سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة
مناسبة المضادة والمتضادان يقترنان ابدا مع تقديم المثبت على النفى كما فى الامر والنهى والنكاح والطلاق
انتهى اقول فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه السلام الشفعة

فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يمشي على اصل الشافعي رحمه الله فانه لم يجوز
الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور واما على اصل ائمتنا فلا لانهم جوزوا الشفعة بالجوار ايضا
واستدلوا عليه باحاديث اخرى واجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان اخر الحديث وهو قوله فاذا وقعت
الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفي الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع
الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع ان يشكل انه يستحق بها الشفعة
كالبيع فبين عليه الصلوة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد وقع الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي
بالحديث المذكور في اول كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا
على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بان النفي يقتضي سبق الثبوت ينافي ما تقرر في المعقولات من ان السلب لا يقتضي
وجود الموضوع وان القول بان المتضادين يقترنان ابدا مع تقدم المثبت على المنفي ممنوع الا يرى الى قوله تعالى وجعل
الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحيوة ونحو ذلك كيف تقدم المنفي هناك على المثبت قال صاحب
الغاية وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان اصل انتهى اقول فيه نظر وهو انه كان في الشفعة بقاء
ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وان زال ملك احد الشريكين كذلك في القسمة بقاء ما كان على
ما كان حيث يبقى فيها ملك احد الشريكين في البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكروا
في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان احد الشريكين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع
بقائه باع فوجب عنده الشفعة فكون بقاء ما كان اصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة
اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء وفي الشريعة جمع النصيب الشائع في مكان معين
وسببها طلب احد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذي يحصل به الافراز والتميز بين
النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعد في المعدودات وشرطها ان
لا يفوت منفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما اشبه ذلك قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الاخر ولو اشتراه فاقتسما
لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه ان ما ياخذ كل واحد منهما بمثل ما ترك على صاحبه
بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين حكما كذا في العناية اقول هنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكر آنفا
في الكتاب والشروح ان القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال
او في غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما ياخذ كل واحد منهما كان بعضه
كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الاخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه
فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الاخر مبادلة واذا كان
الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر

ان البعض

ان البعض الذي ياخذ كل واحد منهما عوضا عما بقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على
صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن اخذ ذلك بمنزلة اخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى
الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه ان لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي
هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك ان اخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير
ذوات الامثال بالنظر الى ما ياخذه كل واحد منهما من عين حقه افراز بدون المبادلة وبالنظر الى ما ياخذه
من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن اين تثبت
ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من
ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان اخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة
واخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة اخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين
واخذ المثل بيقين يجعل كاخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الاخر ايضا فكان
هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال
بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر هينا واما قالوا معنى المبادلة ظاهر في ذوات الامثال فمشكل ذلك
كما ترى وقد ذكر صاحب النهاية وجها ابسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها
وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني واما القسمة في غير ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها راجح لانها افراز
حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه واما الحقيقة فظاهر واما الحكم فلان نصف ما ياخذ كل واحد
منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة واخذ المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا الا ما ياخذ كل واحد منهما ليس
بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا يثبت المبادلة
الا بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى ههنا كلامه اقول لا يذهب عليك
ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما ياخذ كل واحد منهما
من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما ياخذ
كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا الافراز محض لان معنى الافراز ان يقبض عين حقه واخذ كل
واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع اجزاء المقسوم
في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك
ان اخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واما كان اخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه اخذ
المثل بما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان اخذ ذلك المثل كاخذ العين حكما فكان افرازا كما
صرح به في الوجه المذكور كان معنى الافراز في ذلك ظاهرا او راجحا لتحققه في جميع اجزاء المقسوم وتحقق المبادلة
في بعضها كما تحققته قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لانه

فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد هذا جواب عن سوال تقدير يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في
الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما اجبر الا على القسمة في ذوات الامثال
كذا في عامة الشروح اقول هذا ايضا اشكال وهو انه ان اريد بقوله لان فيه معنى الافراز ان فيه معنى الافراز
بالنظر الى النصيب الذي ياخذه احد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السوال اذ يبقى الكلام ح في الاجبار
على اخذ النصيب الاخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان اريد بذلك ان فيه معنى
الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه وياخذ عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم
لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا
شك في تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي ياخذ احد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى
الافراز بالنظر الى النصيب الاخر ايضا كان معنى الافراز فيه ظاهرا جدا فاني يتصور القول بان معنى المبادلة
هو الظاهر فيه فتامل ثم اقول لو قال المص لان فيه امكان المبادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز
لكان سالما عن هذا الاشكال وكان مناسبا الاحالة لقوله لتعذر المبادلة في تعليل عدم الاجبار على القسمة
فيما اذا كانت اجناسا مختلفة كما سياتي تبصر تقف قوله والمبادلة يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين
يعني انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين والديون تقضى بامثالها
ما عرف فصار ما يؤدي المديون بدلا عما في ذمته اقول لقائل ان يقول جريان الجبر في قضاء الدين لكون
ما اخذ الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان اخذ مثل الحق بيقين بمنزلة اخذ
العين وعن هذا جعلوا اخذ المثل في القرض كاخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف
ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما ياخذ احد الشركاء فيه من نصيب الاخر ليس مثل ما ترك عليه من حق
نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة اخذ العين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك
نشا السوال المقدم واحتيج الى الجواب الذي نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه
في قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال صاحب العناية
في شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضي في التجارة
شرط بالنص انتهى اقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام في نفسه لانه ان اراد ان القسمة
في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر ان القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى
المبادلة والافراز الا ان معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرها وان اراد
ان المبادلة في قسمة مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك في قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات
الامثال مع ان التراضي ليس بشرط فيها على ان كون التراضي شرطا في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا
في قسمة مختلف الجنس ايضا لان قسمته ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى

الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احديهما بالاخرى والحق عندي ان معنى كلام المص هنا هو انهم لو تراضوا
عليها جاز لان الحق لهم لا يعدوهم ونعيهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لحوق ان يبقى حق احدهم على الاخر
لتعذر المبادلة باعتبار تفاحش التفاوت في المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد اسقط كل واحد منهم حقه الثابت
على الاخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الوجيه الواضح هل ترى شبهة بما ذكره ذلك الشارح قوله
معناه بالجبر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص اقول ان قوله اذ النفع لهم على الخصوص بيان لوجه
الظاهر قوله فيما مر آنفا ولان منفعة نصيب القاسم تعم العامة فيكون كفايته في مالهم غرما بالغنم فتامل
في التوفيق قوله ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة
وان كانت من لوازمها لجواز ان يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد
هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله ويجب كونه عدلا عالما
بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا امينا عالما بها كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال
والتوجيه بجواز ان يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة لا يستلزم ظهورها
كما لا يخفى انتهى اقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي
استدراك ذكر الامانة المراد بها ظهورها فان قلت فلم لا يجوز ان يراد بالعدالة ظهورها كما اريد في الامانة
حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا يتم
من لفظها وحده بدون القرينة واما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر
العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة
لكن ارادوا الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي مجال افادة المعنى المقصود هنا بعبارة اخرى احصر مما وقع
في الكتاب قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث والوصي
المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره قال بعض الفضلاء وانت خبير بانه لا اولوية لاحد الورثة
مدعيا والاخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هناك وجوابه ظاهر
فان القاضي اذا قال لا اقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون احدهم مدعيا ليحصل مقصودهم
الى هنا كلامه اقول استشكاله شيء ولا جوابه اما الاول فلان للقاضي ولاية التعيين في امثال هذا المقام
تحصيلا للمقصود ثم فيه نفع الجهالة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع
البينة ويقسم الدار ويجعل احد الحاضرين مدعيا في دعوى حق نفسه على الاخر ومدعى عليه في دعوى الاخر
حقه فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك اكثر من ان يحصى في مسائل الفقه فلا
يتوهم الجهالة حينئذ اصلا واما الثاني فلانه مقتضاه ان يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار
على جعل احدهم على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من احد ولم ير في شيء من الكتب فانهم لم يعلموا معنى المدعي

والاخر مدعا عليه على ان كل واحد من الورثة
الحاضرين يكون مدعيا ومدعا عليه

والمدعى عليه اصلا فضلا عن ان يعلموا امثال هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما
عن المورث بقسم القاضي الدار بينهم بالاجماع بعد ان اقاموا البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو
المفهوم من كتب الفقه باسرها **قوله** وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما
وارادوا القسمة لم يقسمها حتى يقيموا البينة انها لهما لاحتمال ان تكون لغيرهما قال في العناية اعاد لفظ الجامع
الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال ان يكون ما بايديهما ملكا لغيرهما فانهما لم
يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وان يكون مشترى فيكون ملكا لهما لان الاصل ان تكون
الاملاك في يد ملاكها يقسم احتياطا انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان قوله لان الاصل ان تكون
الاملاك في يد ملاكها يرجح كون ما في ايديهما ملكا لهما فينبغي ان يقسم بدون اقامة البينة مع ان جواب
مسئلة الجامع الصغير انه لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب ان تترك تلك المقدمة في تعليل مسئلة الجامع
الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل واعترض بعض الفضلاء رحمه الله
على قول صاحب العناية فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل ان يكون ميراثا الى اخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا ان لا يكون
ملكا لهما لا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاول
ادعوا الملك انتهى اقول يمكن دفع ذلك بانه ان اراد ان المحتمل هنا ان لا يكون ملكا لهما اصلا لا غير
فهو ممنوع قوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشيء لا ينافي احتماله في الواقع وانما
ينافي تقريره وتعينه كيف ولو لم يكن الملك لهما احتمالا اصلا لما جاز استماع البينة له وان اراد ان ذلك ايضا
محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال ان يكون ميراثا
وان يكون مشترى يكفي في ان لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية
لان الاصل ان تكون الاملاك في يد ملاكها لاخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه انفا واما على تقدير اعتباره
في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال ان لا يكون ملكا
لهما اصلا لدلالة ثبوت ايديهما على ان ما فيها ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد
على دلالة اليد عليه فتدبر **قوله** وقيل قول الكل هو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة
الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز يعني ان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق
اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى
قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا في العناية اقول لقائل ان يقول ان هذا التقرير يقتضي
ان لا يجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء ايضا في العقار مع انه قد سبق انه يجوز
القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضي ايضا ان لا يجوز القسمة بدون البينة عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله ايضا فيما ادعوا الارث في العقار مع انه قد سبق ايضا انهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم

ثم اقول

ثم اقول يجوز ان لا يكون مراد المصنف بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة
لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث ايضا على قولهما كما نبهت عليه انفا
بل يحتمل ان يكون مراده بذلك انه لا ملك في دعواهما اي لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له اصلا في رواية الجامع الصغير
بل انما ادعيا انها في ايديهما واقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هناك صريح
الملك فافترقا فحينئذ يندفع الانتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيهما سبب الملك من الارث والشراء ويؤيد
هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع كتاب القسمة فيما اذا
ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا اليد ابتداء وبيانه انهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة
ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل ان الاملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل
ان يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر اما اذا ادعيا اليد واعرضا عن ذكر الملك
مع حاجتهما الى بيانه لانهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على ان
الملك ليس لهما فتاكد ذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهو
معنى قوله لاحتمال ان يكون لغيرهما الى هنا كلامه فتبصر **قوله** لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق
يدهما من غير خصم حاضر عنهما يعني ان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده من غير خصم
حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط اقول في هذا التعليل شيء وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله
في يد الغائب والصغير او كان شيء منه زائدا قدر على حصة الغائب والصغير من الميراث في يد احدهما واما فيما
اذا كان في يد احدهما من العقار شيء يساوي مقدار حصة ذلك من الميراث او يصير اقل منها فلا يتمشى فيه ذلك
اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب والصغير باخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان في يده على يده
في صورة التساوي وزيادة شيء عليه مما في يد الحاضر في صورة النقصان ويحتمل ان يكون هذا السر في عدم وقوع
ذكر او شيء منه في وضع المسئلة في مختصر القدوري فان هذا القيد في وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه
في غاية البيان فتامل **فصل فيما يقسم وما لا يقسم** لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم
وما لا يقسم شرع في بيانهما في فصل على حدة **قوله** والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول لان رضى
صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصال الى منفعة
ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومعراج الدراية وهو المذكور في الذخيرة ورد عليه
النهاية والكفاية بان يقال الا يرى ان كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة
لم يقسمها القاضي بينهما فكذا اذا كان الطالب ممن لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى اقول هذه
الزيادة تخالف ما سياتي في الكتاب بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل
على ان القاضي يقسمها عند تراضي الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز

بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي يعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تاملت حق التامل
وجدت نوعا من التدافع بين اصل ما ذكر هنا في وجه اصحيته المذكور في الكتاب اولا وبين ذلك التعليل الذي
ذكره المص بقوله لان الحق لهما الى قوله اما القاضي فيعتمد الظاهر فتامل **قوله** ولا يقسم حمام ولا بير ولا رحى
الا بتراضي الشركاء قال صاحب العناية والاصل في هذا ان الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما
بان يبقى نصيب كل واحد منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبير والرحى ضرر
لهما او لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى اقول تقرير الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر
انه اذا كان احد الشركاء ينتفع بنصيبه والاخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب الكثير فقط
على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره الجصاص وبطلب كل واحد منهما
على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا
يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المص في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الا خرى ان يقتصر
في بيان اصل هذه المسئلة على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر في القسمة **قوله**
وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس قال المص جعل الدار
والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا
يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسئلتين روايتان وتبنى حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة و
استشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد ثمة لشبهة
المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكر في الهداية وهو مشكل لانه يودي الى اعتبار شبهة الشبهة
هي المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الائمة الحلوانى اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون مشكلا
هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي واوضح صاحب العناية ثم اجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هنا لانه
يودي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشي بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء
عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربوا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار شبهة الشبهة والمعتبر
الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلوانى اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون في مشكلات
هذا الكتاب ويمكن ان يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس
فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه اقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة
الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله وتبنى حرمة الربوا هنالك
على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا
على اختلافهما في الجنس قطعا فتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشا منه الاشكال المذكور ثم ان
قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان

جنس واحد

جنس واحد ولو وقع كان المراد كجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف اداة التشبيه على ما عرف في القول
بشبهة المجانسة كما لا يخفى **قال** بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة
الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحد الجنس نظرا الى اصل السكنى فتبنى حرمة الربوا عليه ومختلفة نظرا الى اختلاف
المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتامل انتهى **قول** ليت ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد
من عبارة صاحب العناية اصلا لا يصح ان يراد هنا اما اولا فلانه لا يدفع الاشكال المزبور اذ حاصله
ان اتحادهما في الجنس غير معتبر بل ههنا شبهة الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية
شبهة فيؤول بناء حرمة الربوا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر واما ثانيا فلان ما ذكر
من اتحاد الجنس نظرا الى اصل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد يتحقق في الدور المشتركة في
مصر واحد ايضا فبناء على ذلك خالف ابو حنيفة رحمه الله صاحباه هنالك فقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها
في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المدار في مسئلتنا ما ذكر لما وافق الامامان الجمهور هنا في وجوب
قسمة كل واحد على حدة واتفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص
عليه في البدائع حيث قال فيه اما دار وضيعة او دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدته
لاختلاف الجنس انتهى

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان
ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز اصل القسمة
الذي هو الموصوف والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل قال الشراح هذا جواب الاستحسان
والقياس يأباها لان استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام و
لهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها في دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق والمطلقة ولكنا تركنا
القياس هنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس هذا
في معنى القمار لان اصل الاستحقاق في القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق اصل الاستحقاق
بخروج القرعة لان القاسم لو قال انا عدلت في القسمة فخذ انت هذا الجانب وانت ذلك الجانب كان مستقيما
الا انه ربما يتهم في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا
يرى ان يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع اصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين
وذلك لانه علم انه هو المقصود ولكن لو انه القى نفسه في الماء ربما نسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل
القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه
احق بها منهم لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم ايهم يكفل مريم وكان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا اراد السفر تطييبا لقلوبهم انتهى كلامه وعزي في النهاية
ومعراج الدراية هذا التفصيل الى المبسوط اقول بين كلامهم هنا واخره تدافع لانهم صرحوا

اولا بان شرعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يابى ذلك لكونه في معنى القمار وقالوا الحران
هذا ليس في معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا ورود نظائره في الكتاب والسنة فقد دل
ذلك على انه ليس مما يأباه القياس اصلا بل هو مما يقتضيه القياس ايضا فتدبر فتفقه **قوله** وان كان سفل
لا علو عليه وعلو لا سفل له علو الى اخره قال صاحب العناية صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين
وسفله لاخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لاخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل في دار واحدة او في دارين لكن
تراضيا على القسمة وطلبا من القاضي القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا
كانت البيوت متفرقة لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله انتهى وقد اخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر في النهاية
ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند ابي حنيفة
ومن مذهبه ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة اذا لم تكن في دار واحدة قلنا موضوع المسئلة انهما
كانا في دار واحدة والبيتان في دار واحدة عند ابي حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا
على القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم وعند ابي حنيفة يجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضى انتهى وقد
ذكر هذا السؤال والجواب في الذخيرة ايضا فهي الماخذ الاصلي اقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية اما
الاولى فلان ذلك التقييد مخالف لرواية عامة الكتب منها ما ذكره المص في الفصل السابق حيث قال والبيوت
في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير انتهى ولا شك ان المحلة فوق الدار فاذا قسمت البيوت
في محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلان قسمت في دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع اولى كما لا يخفى ومنها
ما ذكره صاحب الكافي في الفصل السابق حيث قال ثم هي على ثلثة فصول عند ابي حنيفة الدور والبيوت والمنازل
فالدور لا تقسم عنده قسمة واحدة الا برضى الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت تقسم قسمة
واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا توجر باجرة واحدة
في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لا تقسم قسمة واحدة لان
المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة
وفالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك انتهى وهكذا ذكر في الفصل
السابق في عامة الشروح حتى قال في العناية هناك والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها في معنى السكنى ومنها
ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له او يجمع نصيب احدهما ان له
متصلين كانا او منفصلين ولو كان بينهما منزلان ان كانا منفصلين فهما كالدارين لا يجمع نصيب
احدهما في منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له ان يجمع
نصيب احدهما في واحد وهذا كله قول ابي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه الدار والبيت سواء والراى
فيه للقاضي انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدايع حيث قال واما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع

متصلين

متصلين كانا او منفصلين انتهى الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذي فطنة ان مدلول كل واحد
منها ان تقسم البيتان او البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق واما الثاني فلانه ان اريد بالتراضي في قوله
او في دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم ان لا يستقيم بيان الخلاف في هذه
المسئلة بين ائمتنا الثلثة على الوجه المفصل في الكتاب اذ يرتفع الخلاف ح بالكلية فانه يجوز القسمة على
وفق تراضيهما على شيء معين كيف ما كان بلا خلاف من احد الا ترى ان الدور مطلقا لا تقسم قسمة
واحدة عند ابي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسم تقسم بها عنده ايضا كما صرحوا به
قاطبة وان اريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة
النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على
القسمة ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيئا لانهما انما تراضيا على القسمة
العادلة فاذا كان مذهب ابي حنيفة ان البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر ان وجهه عدم امكان
التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور فاذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز بمجرد تراضيهما على
القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا ارى معنى فقهيا فارقا بين صدور التصريح بالتراضي على ذلك
المعنى منهما وعدم صدوره في معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتامل **قوله** لجهات السفل
يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة
اقول كان الظاهر في التعليل عن قبل محمد ان يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو وان العلو
يصلح تارة لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاء الهواء الملائم
وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح العلو بدون العكس تقتضي تفضيل السفل على العلو
مطلقا كما هو مذهب ابي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف تفضيل السفل
مرة وتفضيل العلو اخرى فانه ينافي القسمة بالذراع اصلا ويقتضي المصير الى القسمة بالقيمة
لتحقق التعديل ومعنى هذا قال فيما سياتي ولهما ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة
اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد **قوله** قيل اجاب كل واحد منهم
على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل
هو اختلاف معنى قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ في ان مبنى هذا الاختلاف
اختلاف عادة اهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو او العكس من ذلك او استوائهما وهو معنى
فقهي فقال بعضهم اجاب كل منهم على عادة اهل عصره اجاب ابو حنيفة بناء على ما شاهد من اهل الكوفة في
اختيار السفل على العلو وابو يوسف بناء على ما شاهد من اهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة
السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو اخرى انتهى

اقول في اوايل تحرير خلل حيث قال او العكس من ذلك ولا يخفى ان عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل مطلقا وهو ليس بمذهب احد في الاختلاف المذكور وانما المذكور فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا كما قال ابوح واستوائهما كما قال به ابو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى كما قال به محمد وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى ولله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل مرة والعلو اخرى فاصاب المحز في افادة عين المذاهب الثلثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى **قوله** وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابوح وهو غير ظاهر انتهى اقول ليس ذاك بسديد اما اولا فلان معنى قوله فيما مر والتسوية في السكنى لا في المرافق اذ لا اتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده هنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان مراعاة منفعة غير السكنى ايضا في كيفية القسمة عند ابي حنيفة وحعل ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في ان يراعى في كيفية القسمة بالذراع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذراع فان نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط او العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا ان يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة رحمه الله فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول ابي ح وابي يوسف والمذكور هنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى اخره وانما هو وجه قول ابي ح وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابوح في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على ان قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا اشتباه في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره ابو حنيفة كما ترى **قوله** ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى اقول حق التحرير ان يقال ان اصل المقصود هو السكنى وهو ظاهر للفطن المدبر في المقام **قوله** والسفلي المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله قال بعض الفضلاء قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى اقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان علوه مثل نصف سفله ليس ببيان كامل لقوله فيجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد اى سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله اى بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه اصلا نعم حق

البيان

البيان ان يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب في دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى ان تقع وان لا تقع اخر ذكرها قال في العناية اخذا من غاية البيان والاصل في هذا الباب ان الاختلاف اما ان يكون في مقدار ما حصل بالقسمة او في امر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من انكر انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي او بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما سيجيء انتهى اقول ذاك مندفع فان الظاهر ان المقسم في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما سيجيء فلا يرد به النقض على شيء من القسمين المذكورين في الاصل المزبور **قوله** فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء لانهم لو اقروا لزمهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح واورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا الدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر انه كذب في اقراره مع انه لا تحليف عليه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انتهى اقول ليس ذاك بوارد اذ قد تقرر في كتاب الاقرار ان حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرتد اصلا واذا تقرر ذلك فادعاء المقر انه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له في اقراره لا ينافي ما ذكروا هاهنا على وجوب تحليف المقر له هناك اذ لا يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرتد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شيء باقراره بكذب المقر في اقراره والا لزم ان يرتد الاقرار الاول برد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يرد ما ذكروا هاهنا ايضا على ذلك فانه يتمشى فيه ان يقال لو اقر المقر له بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه ان يقال فاذا انكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا انكر ذلك كان مصدقا له في اقراره لان انكار كذبه في اقراره يقتضي تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة في استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند ابي حنيفة ومحمد فتبصر ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم اقول لكن بقي فيما ذكروا شيء وهو ان قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا انكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار واما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه ابو حنيفة على ما مر استحلافهم اذا انكروا لرجاء النكول فلا يرتبط

في كتاب الدعوى مفصلا فلا نداني لم يكن اقرار الا يلزم من لزوم اقرارهم لو اقروا وجوبه

آخر كلامهم باوله كما لا يخفى على الفطن **قوله** قال رضي الله عنه ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه
ثم قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن المختار وذخيرة المبسوط وفي فتاوى قاضيخان مليوي هذا
وقال وجه رواية المتن انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفاء حقه ثم لما تامل حق
التامل ظهر الغلط في فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء
بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى
لا تسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغي ان يتحالفا اقول يمكن ان
يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغي ان يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث
قال واما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب
التحالف والذي يوجب التحالف ان يدعي احد المتقاسمين غلطا في مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون
مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف ان يدعي الغلط في مقدار الواجب بالقسمة
على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما يوجب التحالف لان
القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما
فكذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق واما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط
الا من حيث الغصب وقال في النوع الثاني ان كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواقع
بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف عرف بخلاف
القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا اشهد على
نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا
بل حصل به الجواب عما قال صاحب الهداية ايضا من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لان دعوى
الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة
لا يناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتامل **قوله** لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة
فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم اقول فيه بحث وهو ان ما تقدم في باب
التحالف من كتاب الدعوى هو ان التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في البيع قبل القبض على وفاق القياس
لان احد المتبايعين يدعي الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعي وجوب تسليم المبيع بما قال والآخر ينكره
فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف واما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعي شيئا حتى ينكره الآخر
فيحلف لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها
تحالفا وترادا فاذا تقرر ذلك فنقول فيما نحن فيه احد الشريكين قابض نصيبه فانه ذو اليد ولا يدعي على الآخر شيئا
وانما يدعي الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس لا مجال لاجراء النص المزبور هنا لا بطريق

القياس لان ذلك النص كان واردا في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم ان ما ورد على خلاف القياس
يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والتمييز ولم
كما تقرر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد في الالحاق بطريق الدلالة من الاتحاد لدية
او التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هاهنا فليتأمل في الدفع **قوله** ولو اقتسما دارا واصاب كل
واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا
قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها
انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نور
دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعي انتهى اقول الظاهر ان المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعي فسخ القسمة بعد
وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ
القسمة عن اصلها والاستيناف بقسمة اخرى حتى ينافي ما سيجيء في الفصل الآتي من انه اذا استحق بعض معين من
نصيب احدهما لا تنفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذا نور دعواه
بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق **قوله** قال
رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار وادعى الرواية كالقدوري
الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب احدهما وهكذا ذكر الاختلاف
في الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسألة مذكورة
في الاسرار في الشائع وصفا وتعليلا لا في جانبين وتكرار بلفظ الشائع غير مرة انتهى اقول وتعديتها
الحوالة بكلمة الى قول لصاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا ايضا والمطابق للغة
تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وفي قوله
وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه ايضا نظر فان قول القدوري واذا استحق بعض
نصيب احدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز ان يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب احدهما لا ببعض فيكون
تقدير كلامه واذا استحق بعض شائع في نصيب احدهما بعينه وح يكون الاختلاف في الشائع لا في المعين
انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان كلام القدوري ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المصنف فهو ظاهر فيه
بحيث لا يشتبه على احد من فحول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في تلك
المسألة وايضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب احدهما كان لمجرد التاكيد لصار بمنزلة اللغو في
هذا المقام واما اذا كان متعلقا ببعض يكون تاسيسا مفيدا للمراد مزيلا للابهام فان في هذا من ذلك
على ان الاصل في امثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف اليه كما تبين في محله فتبين ان
كلام القدوري ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقد تقرر في علم الاصول ان الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على الحد

معنى المقطع وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الا ان التفاوت بينهما اى بين الظاهر والنص انما يظهر عند
التعارض فيقدم النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه **قوله** لابى يوسف
ان باستحقاق بعض شايع ظهر فيها ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة قال صاحب العناية في تعليل
هذه المقدمة اعنى قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر
القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى وماخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام علاء الدين الاسبيجابي
حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة
لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عند ابى حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى ورد بعض الفضلاء على قول صاحب الغاية
لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي
فانها اذا كانت بقضاء القاضى تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجئ في شرح قوله ولو ابراه الغرماء انتهى **قول**
ليس ذلك بصحيح اذ لا شك ان القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضى لا تبطل بعدم رضى الغائب
الا يرى الى ما مر في اول كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد
الورثة والدار في ايديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه
انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضى الغائب لما ساغ للقاضى القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين
ثم ان قوله على ما يجئ في شرح قوله ولو ابراه الغرماء ليس بحوالة راجحة اذ لا شئ في شرح ذلك مما يوهم بطلانها
سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث او موصى له بالثلث او الربع بعد القسمة وقالت الورثة
نحن نقضى حقهما فان القسمة تنتقض ان لم يرض الوارث والموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال
آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث او الموصى له انتقاضها في قدر حقهما
من عين التركة لا انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستيناف كما هو قول ابى يوسف فيما
نحن فيه والمراد انتقاضها بالكلية ايضا لكن في صورة القسمة بالتراضى دون القسمة بقضاء القاضى اذ لا
تنتقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث او موصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضى نص عليه في البدائع
حيث قال فيما يوجب نقض القسمة بعد وجودها انواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء ديونهم
ولا مال للميت سواه ولا قضاء الورثة من مال انفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة
الا يرى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة يهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقى على الشركة بينهم
ولو اقتسموا وثمة وارث غائب تنتقض كذا هذا ثم قال وهذا اذا كانت القسمة بالتراضى فان كانت
بقضاء القاضى لا تنتقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضى اذا قسم عند غيبة احد
الورثة لا تنتقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضى اذا صادف محل الاجتهاد
ينفذ ولا ينتقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر ان ثمة وارث آخر نقضت قسمتهم

ولوكانت

ولو كانت القسمة بقضاء القاضى لا تنتقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض اورد ايضا على قول صاحب
العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت
القسمة بقضاء القاضى ايضا بل اعتبارها فيها اكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين تفسخ
على ما مر في الدرس السابق انتهى اقول هذا ايضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند ابى
حنيفة اصلا الا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من اصل الجواب في كثير
من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول الامام وغيره كما يقتضيه تصويرها
المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على ان وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا
كانت بقضاء القاضى فقوله فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضى ايضا ان اراد به
انها معتبرة عند ابى حنيفة في صورة القضاء ايضا فليس كذلك وان اريد به انها معتبرة في
صورة القضاء ايضا عند غير الامام فلا يجدى نفعا فان عدم اعتبارها عند الامام كاف في تمام ما قاله
صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها اكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في احد الطرفين تفسخ على
ما مر اكد في عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر في ان يكون قيمة احد الطرفين اكثر
من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون غابن احد الطرفين اكثر من غبن الآخر من جهة الوزن او الكيل
او الذراع او العدد مما يليق بجنس المقسوم فابو حنيفة يعتبر في غبن القسمة بالقضاء التفاوت
في الغبن باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ
القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هناك في بعض الشروح
للغبن مثال وهو صريح في التفاوت في العين بان يقال وان اقتسما مائة شاة فادعى فاصاب احدهما خمس وخمسون
شاة واصاب الآخر خمس واربعون شاة فادعى صاحب الاوكس الغبن الى آخر المسئلة **قوله** ولو ادعى احد
المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة قال
في العناية ولقائل ان يقول انه لم يكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له
ان ينقض القسمة وذلك سعى في نقض ما تم من جهته والجواب انه اذا اثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة
فلا يلزم ذلك انتهى اقول في الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث
اصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهة حيث رضى بها اولا فلزوم السعى في نقض ما تم من جهته ومدار
السؤال عليه فان السعى في نقض من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعترض عليه بعض
الفضلاء بوجه آخر حيث قال انت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه
الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعى في نقض ما تم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى ان يجاب بمنع

استلزامها ذلك لجواز ان يظهر له مال آخر ويؤديه سائر الورثة من مالهم فليتامل الى هنا كلامه اقول
وانت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول
ان هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة في الابتداء
بناء على عدم تقرر تمام القسمة مع احتمال ثبوت الدين بالبينة فالجواب منع استلزامها ذلك فما اشار اليه
بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ما ذكرناه من ان لزوم السعي في نقض ما تم من جهته امر تقرر
لا مرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث اصل الاستحقاق وذلك لا يدفع
السوال المزبور ثم ان قول ذلك البعض والاولى ان يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز ان يظهر له مال آخر
او يؤديه سائر الورثة من مالهم فمما لا ينبغي ان يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك لان الكلام فيما اذا
لم يظهر له مال آخر ولم يؤديه سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي التركة بعد القسمة ما يفي بالدين او اداه الورثة
من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا **فصل في المهايات** لما فرغ
من بيان احكام قسمة الاعيان شرع في بيان احكام قسمة الاعراض التي هي المنافع واخرها عن قسمة الاعيان
لكون الاعيان اصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهاياة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة
الظاهرة للمتهي للشيء وابدال الهمزة الفا لغة فيها والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا
به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايا فلان فلانا وتهايا القوم وفي عرف
الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح **قوله** المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه
قال الشراح والقياس يابى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته
بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته انتهى اقول فيه شيء وهو ان ما ذكروا في وجه اباء
القياس جوازها انما يتمشى في صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع احدهما بعين واحدة مدة وينتفع
الآخر بمدة اخرى لا في صورة التهايؤ من حيث المكان كما اذا تهايا في دار على ان يسكن احدهما ناحية منها
والآخر ناحية اخرى منها فان التهايؤ في هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه
التاقيت كما سيجيء في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريرهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق امرا استحسانيا
مخالفا للقياس وما ذكروا في بيانه لا يفي بذلك كما ترى **قوله** الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة
لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب اقول في كلية هذا التعليل نظر
اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسياتي ذلك في الكتاب
ايضا والجمع على التعاقب انما هو في التهايؤ من حيث الزمان واما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق
جمع المنافع في زمان واحد كما ستحققه نعم ان القسمة في الاعيان اقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ
الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الاول من حيث الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة

فحسب

فحسب **قوله** والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت
هذا ايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ح فيشترط التاقيت
كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول ان اريد انه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط
فيه التاقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من كل وجه حتى يثبت
كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز ان يكون افرازا من وجه ومبادلة من وجه بان يكون افراز النصيب كل واحد منهما
من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الاخرى بنصيب الآخر في الناحية
التي يسكن هو فيها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة انها لا تعرى عن المبادلة والافراز
لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب
صاحبه فكان مبادلة وافرازا وان اريد انه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط التاقيت
كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط
التاقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال صاحب العناية في تعليل قول المص
والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما في بيت واحد بعد ان كانت
شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام اقول
فيه نظر لان جميع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى
محل آخر كما تقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد ان القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه
ما ذكر بل المراد ان القاضي يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التاقيت كما اشار اليه المص
بقوله ولهذا لا يشترط فيه التاقيت قلت اشتراط التاقيت فيه ليس باصعب من اعتبار المحال المتحقق حتى يرتكب
الثاني لاجل دفع الاول وايضا اعتبار المحال المتحقق ليس باولى واسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا
للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترتكب كثيرا ما يعتبر في الشرع لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع
الا يرى الى ما ذكروا فيما مر آنفا من ان القياس يابى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهي لا تجوز
عندنا على ما تقرر في كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على ان لزوم اشتراط
التاقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصباء في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك ان لو كان التهايؤ
في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه واما اذا كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط
التاقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل **قوله** ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط
ذلك في العقد او لم يشرط لحدوث المنافع على ملكه قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث
على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز ان يسترد المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى
اقول جواز الاسترداد قبل مضي المدة ههنا ايضا متحقق اذ قد مر في الكتاب بانه لو وقعت المهاياة فيما

يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لكون القسمة ابلغ في احتمال ان يطلب الآخر القسمة
على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة
الاستعارة قوله ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز فكذا هذا في البيت الصغير
لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين هنا قال صاحب العناية
ولم يذكر ان هذا افراز او مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى اقول ليس هذا
بسديد لانه ان اراد انه قد علم من عطفه على صورة الافراز انه ايضا افراز بناء على ان المعطوف في حكم المعطوف
عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى ان كثيرا من المسائل
المتباينة الاحكام يعطف بعضها على بعض على ان التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث
الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من ادلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايؤ
على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان اراد انه قد علم من عطفه على صورة
الافراز انه ليس بافراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح ايضا اذ يكفي في العطف
المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره
وبالجملة لا دلالة للعطف هنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز او المبادلة والتشبث
بحديث العطف هنا مما لا معنى له اصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهاياة في الجنس
الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه
حتى لا ينفرد احدهما بهذه المهاياة واذا طلبها احدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل اجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه
عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربوا النسآء
والاول اصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربوا النسآء ثابت عند احد وصفي العلة بالنص على خلاف
القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى اقول هذا الذي ذكره ماخوذ
من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية ايضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو انه قد تقرر في
كتاب الاجارات ان اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة
عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النسآء عندنا فصار كبيع القوهي بنسيئة وقال المص
هناك واليه اشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربوا النسآء عند وجود احد وصفي العلة وهو القدر مع الجنس مختصا
بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلالا ائمتنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها
بربوا النسآء نعم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر ايضا في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي
ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى اشار اليه محمد رحمه الله وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت
في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهاياة قسمة

المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة
المنافع انتهى اقول وهذا ايضا ماخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث ايضا اما اولا فلانه قد ذكر في الكتاب
من قبل ان التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولا يخفى ان التهايؤ في
الجنس المختلف انما يتصور بان ينتفع احد الورثة باحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد من قبيل التهايؤ من
حيث المكان فكيف يتم القول بان المهاياة اذا كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة واما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهاياة
في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهاياة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة
ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا ان يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد
مثل ان تهايئا على ان يسكن احدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سيما في مقابلة قوله من قبل
كما في الثياب والاراضي واما ثالثا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر
كتاب القسمة ان قسمة الاعيان مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا ان معنى الافراز هو الظاهر
في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير ان ذلك الغير ان كان من جنس واحد اجبر
القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة
باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا ان يقال المراد بما ذكر هنا ان قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت
مبادلة من كل وجه لا انه مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتامل
قوله وجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار
وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة قال في العناية لان الاستغلال انما يكون
بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى
اقول لقائل ان يقول مقتضى هذا الوجه ان لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز
على الاستغلال لان الظاهر ان منافعه التي هي اعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي
القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع ان التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على
منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بان التهايؤ في العبد على الخدمة
انما جوز ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانها اعيان باقية تورد القسمة عليها
فافترقا ويجيء في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر قوله ولا يجوز عنده لان
التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز وعورض
بان معنى الافراز والتمييز راجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت التحصيل اليها فيه صاحبه
فكان كالمهاياة في الخدمة واجيب بان التفاوت يمنع عن رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصحاب
المنافع من حيث الخدمة فلما تتفاوت كذا في العناية اقول في الجواب نظر اذ قد تقرر في بيان فوت المعادلة

في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال لان الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فاذا قل التفاوت
في المنافع من حيث الخدمة لزم ان يقل التفاوت في الغلة ايضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين
ولعل هذا هو السر في ان جماعة من الشراح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين
عن قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه اصلا تدبر **قوله** والتهايؤ في الخدمة
جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع
وبيان الضرورة ما سنذكره بعد هذا ان المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها **قال** صاحب ولقائل ان يقول
علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله هنا بضرورة تعذر
القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن ان يجاب عنه بان المذكور
من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا ان كل واحد منهما
علة مستقلة الى هنا كلامه **اقول** لا السؤال شيء ولا الجواب اما الاول فلان الباطل انما هو
توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البدل
كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول اذ لا يخفى ان المقصود من ايراد العلل
المتعددة في امثال هذا المقام هو التنبيه على ان كل واحدة منها تصلح لافادة المدعى بالاستقلال
بلا حاجة الى الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة الى المطلوب ليسلك الطالب اي طريق شاء
واما الثاني فلان الظاهر في تعليل الحكم باحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين
ان يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم ان لا يفيد شيء منهما المدعى في مقامه ضرورة
عدم حصول المطلوب بجزء العلة على ان استقلال كل واحدة منهما في الافادة بين اما قلة التفاوت
فلان القليل في حكم العدم في عامة احكام الشرع واما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات
على ما عرف وليت شعري ماذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة
والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسمان وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس كذا في نظائر ذلك من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل
فهل يجعل كل واحد منها جزء العلة لا علة مستقلة

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من انواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح
قوله قال ابو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة **قال** في العناية انما قيد بالثلث والربع
ليتبين محل النزاع لانه لو لم يعين اصلا او عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى **اقول**
يرد على ظاهره ان المزارعة بالنصف والخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع ايضا فكيف يتبين بالتقييد
بالثلث والربع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من انه انما قيد بالثلث والربع مع انه لا يجوز المزارعة
في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث انه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة

قال المزارعة بالثلث والربع فانما خص في الحديث بذلك لكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير
انتهى والذي يمكن في توجيه ما في العناية ان المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة التقييد
بالاطلاق لا مقابلة التقييد بالتقييد يعني انه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن التقييد بالكلية لانه
قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى **قوله**
ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة **قال** تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال
من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر فتنعقد شركة بينهما في الربح وهنا كذلك انتهى **اقول** لم يجر في المضاربة ان
يكون المال والعمل من احد الجانبين ولهذا قالوا هناك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جاز كما بين
في الكتاب انه اذا كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك ان البذر مال بل البقر ايضا
مال وقد اجتمعا مع العمل في احد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمزارعة **قوله** لانه لا اثر هنالك
للعمل في تحصيلها **قال** صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه اي الزوائد على تاويل الزوائد **اقول**
هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مساغ ان يجعل الضمير في قوله لانه على الشان كما لا يخفى **قوله**
ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز **قال** بعض الفضلاء
هذا مخالف لما سلف في باب العشر والخراج ان ارض العرب كلها ارض عشر فان خيبر من ارض العرب انتهى **اقول**
كون خيبر من ارض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المزبور ايضا ان ارض العرب لا يقر اهلها عليها على الكفر فان
مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وقد اقر النبي عليه السلام اهل خيبر على ارضهم على الكفر وذكروا
حد ارض العرب طولا وعرضا في الباب المزبور فمن اتقن ذلك في موضعه لعله يحكم بان خيبر ليست من ارض العرب
قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه قيل عليه لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه
فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر واجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة
الحادث اليه اولى والمزارع عامل بامر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر كذا في العناية وغيرها **اقول**
النقض غير وارد اصلا والجواب غير دافع لما ذكر اما الاول فلان الزرع في الصورة المذكورة ليس نماء ملك صاحب
البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قد تقرر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب انه اذا تغيرت
العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب
وضمنها عندنا وشمل ذلك بامثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه ان البذر بالغصب والزرع
يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعا واما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه
وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون
احدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بامر غيره والكلام في الاول دون الثاني فلا يتم التقريب
قوله الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل

كما في الاستصناع اقول لقائل ان يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع
عملي والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الاصول فبقي تمسك ابي حنيفة رح بالسنة وهي
ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالما عما يدفعه فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن
ان يقال لهما ان يدفعا ذلك بحمل المروي عن النبي عليه السلام على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد
اذ قد روي انهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد
اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهد فيه
مؤول النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او نحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روي انهم كانوا يشترطون
فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه **قوله** والخامس بيان
نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما اقول لا شك ان بيان نصيب كل
من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فبعد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر
مما لا يجدي كثير طائل فتامل **قوله** والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء
فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد قال كثير من الشراح لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج
تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم انتهى اقول فيه شيء وهو ان
ان القياس كما يابى جواز الاجارة المحضة باجر معدوم يابى جوازها باجر موجود ايضا اذ قد تقرر
في كتاب الاجارة ان القياس يابى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير
موجود في الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد ان يابى القياس
جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر ان يقال بدل قولهم والقياس يابى
جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والاجارة المحضة باجر معدوم فاسدة قطعا ثم اقول
لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع
هذه الشركة مفسدا للعقد بانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى
جواز الاجارة المحضة باجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال
فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة
في الانتهاء فمراده ان عقد المزارعة شركة في الانتهاء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة
معتبرا في انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفي المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة
قوله وهي عندهما على اربعة اوجه واعلم ان مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على اصل وهو ان
المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض او على منفعة العامل
دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استيجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه

في الارض

في الارض والعامل لورود الشرع به فيهما اما في الارض فاثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس واما في العامل
فتعامل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر والتعامل ولم يرد الشرع به في البذر والبقر فاخذنا فيهما بالقياس
فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبل استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين
متجانسين ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض او العامل ببعض الخارج او كان المشروط على احدهما شيئين غير
متجانسين فلم يكن احدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم
ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي يدور عليه مسائل المزارعة كذا في الشروح واشار اليه في الذخيرة
وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجوه
على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو ما كان المشروط على احدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر
من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستيجار بجعل كان العامل استاجر الارض او رب الارض استاجر
العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استيجار الارض والعامل واما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل
لان المشروط شيئان غير متجانسين فلا يمكن ان يكون احدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الآخر فرع
او الاصل يجوز ان يستتبع الاخس والفرع الى هنا كلامه اقول فيه خلل لانه جوز في الوجه الاول
ان يجعل العامل مستاجر الارض وان يجعل رب الارض مستاجر العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد ان
يكون المستاجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرر فيما مر في الشرط الرابع من شروط
صحة المزارعة عندهما ان البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستاجر هو
رب الارض وانما يتصور ان يكون العامل مستاجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ
منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقر آلة العمل
فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بان المستاجر في هذا الوجه
هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط **قوله** وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر
والبذر لواحد جازت لانه استيجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم
معلومة اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه استيجار الارض ببعض معلوم كما اذا استاجرها بدراهم
معلومة فان استيجار الارض ببعض من الخارج استيجار ببعض مجهول او معلوم وكل ذلك مفسد كما
في دليل ابي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استيجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة
جائزة على مقتضى القياس ايضا وقد صرحوا بان القياس يقتضي ان لا يجوز المزارعة مطلقا لكونها
استيجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استيجارا لمنفعة الارض
او العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به
فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه ان يقال لانه استيجار الارض ببعض من الخارج وهو جائز بالنص

وتعالى الائمة قوله وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا
شرط وحده وصار كجانب العامل قال في العناية ووجه غير ظاهر الرواية قال لو شرط البذر والبقر
عليه اي على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب
ان البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعه للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استيجارا للعامل
واما اذا اجتمع الارض والبقر فلم يستتبعه وكذا في الجانب الآخر فكانت في كل من الجانبين معارضة
بين استيجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا انتهى اقول في الجواب بحث اما اولا
فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين ان يكون رب الارض مستاجرا والعامل اجيرا فلا يبقى لحديث
استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استيجار البذر اصالة واذا تعين ان يكون
هذه الصورة من قبيل استيجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استيجار البذر سواء
استتبعته الارض ام لا فلا يكون للاستتباع تاثير في هذه الصورة قط واما ثانيا فلان قوله
فكان في كل من الجانبين معارضة بين استيجار الارض وغير ذلك والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار
استيجار كل من جانبي رب الارض والعامل في الصورة المذكورة وقد تقرر ان البذر يعين الجانب الذي
هو فيه لان يكون مستاجرا للآخر فالوجه في الجواب ان يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استيجارا
للعامل لا للبقر اصلا فكان صحيحا قطعا واما اذا لم يشترط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان
استيجارا للارض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعا للاول لعدم التجانس كما بين في وجه ظاهر
الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع باستيجار البقر اصالة ببعض من الخارج فتدبر قوله
وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الى آخره قال صاحب العناية وثمه وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو ان
يشترك اربعة على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والارض من آخر اقول الظاهر
ان الكلام في العقد الجاري بين الاثنين والا فثمه وجوه اخر لم يذكراه ولا احد غيرهما وهي ان
يشترك ثلثه على ان يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر وعلى ان يكون العمل من
واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر او على ان يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان
من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلثة فكان التعرض ههنا للوجه الذي ذكره صاحب العناية
خروجا عن الصدد وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه اصلا والاولى ههنا ان يقال وثمه وجه آخر
لم يذكراه جميعا وهو ان يكون البقر لاحدهما والبواقي الثلثة للآخر كما اشار اليه صاحب النهاية عند
بيان وجه ضبط الاوجه فقصد للمسئلة في بيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان الحكم ان يكون
البذر لاحدهما والباقي للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق وقال
محمد في كتاب الآثار اخبرنا عبد الرحمن الاوزاعي عن واصل بن ابي جميل عن مجاهد انه وقع في عهد رسول

الله صلى الله عليه وسلم فالغى رسول الله صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل
لصاحب العمل درهما لكل يوم والحق الزرع كله بصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله الغى صاحب الارض
لم يجعل له شيئا من الخارج لا انه لا يستوجب اجر مثل الارض واعطى لصاحب العمل كل يوم درهما
لان ذلك كان اجر مثل عمله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل انتهى كلامه اقول
توجيهه المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم بما ذكره محل كلام اما اولا فلان كون معنى قوله الغى صاحب
الارض لم يجعل له شيئا من الخارج مما يابى مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى وجعل لصاحب
العمل درهما لكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل ايضا شيئا من الخارج بل جعل لكل واحد
منهما اجرا كما صرح به الراوي فكيف يحسن مقابلتهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذي ذكره اللهم الا
ان يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة دعت اليه فصارت قرينة
عليه اذ لا محالة انه لم يتحقق هناك ما يقتضي كون صاحب الارض متبرعا فلا جرم انه استوجب
اجر مثل ارضه واما ثانيا فلان قوله ولم يذكر اجر الفدان لكونه معلوما من اجر العامل منظور فيه
اذ لا يخفى انه لا يلزم التوافق بين اجر الفدان واجر العامل بل يجوز ان يكون اجر احدهما نصف اجر
الآخر او ثلثه او ربعه او غير ذلك فكيف يعلم اجر احدهما من اجر الآخر سيما اذا كان المعين نوعا
من المبهم في الذكر اللهم الا ان يقال كان العرف جاريا في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما في الاجر
فبناء على ذلك يجوز ان يعلم اجر احدهما من اجر الآخر لكن الاظهر عندي ان يكون عدم ذكر اجر الفدان
على التعيين بناء على عدم جزم الراوي بعين الاجر الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب
الفدان فقال وجعل لصاحب الفدان اجرا مسمى يعني جعل له رسول الله عليه الصلوة والسلام اجرا ما
ولكن لا اجزم بخصوصه كما اجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل قوله وكذا اذا شرطا لاحدهما
التبن وللآخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن اقول فهذا التعليل
قاصر اذ على تقدير انعقاده ايضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة
فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل
المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة الآتية المتصلة بها كما ذكر
صاحب الكافي تنبيها لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية ههنا جمع المسئلتين في تعليل
واحد فقال وكذا لو شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب او شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما
بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط
لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل اقول عبارة الكتاب ههنا قاصرة عن افادة
تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استيجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض

كذلك تكون استيجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم يخرج الارض شيئا
فلا شيء للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون الحكم في الثانية على خلاف
الحكم في الاولى بمقتضى قولهم ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر
ان يقال وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء لاحد من المتعاقدين لا ان يقال على المصنف قوله وان لم يخرج الارض
شيئا فلا شيء للعامل بقوله لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا
يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استيجار الارض ايضا فهم منه حكم هذه الصورة ايضا
فاكتفى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري والمؤاخذة بقصورها في افادة تمام المراد
انما ترد على القدوري في التعليل الذي ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق ولئن سلم
ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور بتمامه في صورة استيجار الارض ايضا الا يرى ان عامة الشراح
ذكروا ان قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بما اذا استأجر رجلا بعين فعمل الاجير
وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستأجر اجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة تحت
الاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم واجابوا عنه بان الاجر هنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر
الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب
للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتهى ولا يذهب عليك ان هذا الجواب لا يتمشى في صورة استيجار الارض فان رب
الارض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى تكون قبضه قبضا للفرع فلم يتم التعليل المذكور في
حق هاتيك الصورة فتعين القصور تامل **قوله** ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع
الارض فلا شيء له في عمل الكراب لان المالك بمجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قوم بجزء
من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعضهم كذا في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع
عامل لنفسه لانه استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على
غيره انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر ان البذر اذا كان من قبل رب الارض
تعين ان يكون المستأجر هو رب الارض والمفروض في مسئلتنا ان يكون البذر من قبل الارض فكيف
يتم القول بان المزارع استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه **قوله** واذا مات احد المتعاقدين
بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة هذا جواب القياس واما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد
الزرع كذا في الشروح وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعضهم كذا في الغاية
واعلم ان المراد بقوله واذا مات احد المتعاقدين ما بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل
بين ما نبت الزرع او لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة
الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله تركه اتكالا اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة

انتهى

انتهى **قوله** فيه بحث لان ما ذكر في اول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة فيدخل فيه ما نبت
الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك ان مراده بالجواب في قوله ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان
فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله
ولعله تركه اعتمادا على دخوله في اطلاق اول المسئلة ولا ريب ان دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في
جواب الاستحسان ايضا وعن هذا اختلف المشائخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض
بعد الزراعة قبل النبات هل يبقى المزارعة ففيها اختلاف المشائخ انتهى **قوله** واذا فسخت المزارعة
بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة **قال** في النهاية ثم هل يحتاج في فسخ المزارعة
الى قضاء القاضي او الى الرضى ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء
او الرضاء لا على رواية الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع
الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضاء بعض مشايخنا المتاخرين اخذوا برواية الزيادات وبعضهم
اخذوا برواية الاصل والجامع الصغير انتهى **وقال** في العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى انه
اختار رواية الزيادات فان عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء او الرضاء لانها في معنى الاجارة وعلى
رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى **اقول** فيه نظر لان
التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى انه اختار رواية الزيادات ان لو كانت الرواية في الاجارة
منصوصة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء او الرضاء او كان المصنف قد اختار هناك صريحا رواية افتقار
الفسخ الى احدهما ولم يكن شيء منهما فان المصنف قال هناك ثم قيل القدوري فسخ القاضي اشارة الى انه
يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين **وقال** في الجامع الصغير وكل
ما ذكرنا انه عذر في الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي انتهى فتامل **قوله**
وليس للعامل ان يطالب بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء **قال** في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة
وعمل العامل يتفرع في صور ثلث ذكر في الكتاب الصورتين منها وهما اذا فسخ بعدما كرب الارض وحفر
الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل ان يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعدما زرع العامل
الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض ذكر في الذخيرة ان
فيه اختلاف المشائخ وكان الشيخ ابو بكر العياضي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال
قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك
ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان
الشيخ ابو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك الا يرى ان
الاب والوصي يملكان زراعة ارض الصبي وهما لا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع

في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المص الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض ولا انه لم ينبت حتى لحق ربا لارض دين فادح هل له ان يبيع الارض فيه اختلاف المشائخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملكه الاب والوصي في زراعة ارض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارعة في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المص ولم يذكره لان البذر اذا كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع واذا كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى اقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان اراد به دخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر في الصورة الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فانى يتصور دخول احديهما في الاخرى وان اراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشائخ لكنه لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشائخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم تذكر تلك الصورة قط فمن اين يعلم ان حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشائخ او كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الاخر والاوجه عندي ان المص انما لم يذكر تلك الصورة تاسيا بالامام محمد فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال واذا كان المزارع قد زرع الارض الا انه لم ينبت بعد حتى لحق ربا الارض دين فادح هل له ان يبيع الارض لم يذكر محمد هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشائخ فيها انتهى **قوله** لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكرتم لا يجوز ان يكون بالمنع عن القلع كرب الارض اجيب بان رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه في اجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه ما يجب عليه من اجر المثل فربما يخاف ان نصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها **اقول** لقائل ان يقول ان رب الارض ايضا ليس بمتعنت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الابقاء فربما يخاف ان نصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة حصته فليتامل

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع ان يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره الا ان المزارعة لما كانت كثير الوقوع في عامة البلاد كان الحاجة اليها اكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها امس فقدمت ولان تفريعاتها اكثر من تفريعات المساقاة انتهى **اقول** في تقريره نوع خلل فانه قال في اوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف اصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان ابا حنيفة

لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال قال ابو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح **وقال** جمهور الشراح كان من حق المساقاة ان تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم باهل خيبر الا ان اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة احدهما شدة الاحتياج الى معرفة احكام المزارعة لكثرتها وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة اقول فيه ايضا شيء وهو ان قولهم ولورود الاحاديث في معاملة النبي عليه السلام باهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة ايضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى في قصة اهل خيبر وعن هذا قال المصنف في اوائل كتاب المزارعة وهي يعني المزارعة فاسدة عند ابي حنيفة وقالا جائزة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع انتهى وكان كلام من قبلي الشراح اطلع على ما في كلام الاخرين الخلل حيث ترك ما اخل به الاخر كما ترى **قوله** والمساقاة هي المعاملة **قال** في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي اعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى **اقول** ليس ذلك بواضح اذ الظاهر ان المراد بالمعاملة في قوله والمساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة هو المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة اهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على ان يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي اعم من مفهومها الشرعي والا يلزم ان لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة اهل المدينة اذ لا شك ان اهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف في ذلك الراد ايضا بان المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة اهل المدينة فلا يتصور ان يكون مفهومها اللغوي اعم من الشرعي كما لا يخفى **قوله** والكلام فيها كالكلام في المزارعة **قال** في العناية يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى **اقول** في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة اربعة كما نص عليه الامام قاضي خان في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها ايضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في اوائل المزارعة فكيف يتم القول بان شرائط المساقاة هي الشرائط

التى ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذى ذكره صاحب العناية
ولكن قيده بما يصلح فى الجملة حيث قال شرائطها اى شرائطها هى الشرائط التى ذكرت
للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى اقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها
كالكلام فى المزارعة ان الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما مر فى المزارعة
ويرشد اليه قوله وقال الشافعى المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا الى اخره
فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة اصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام
فيها كالكلام فى المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الاقوال
الثلثة المذكورة اجنبيا كما لا يذهب على ذى فطانة قوله لانها تنمو ما تركت
فى الارض فجهلت المدة قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ما تركت فى الارض
دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى
يذهب اصولهما لانه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وفى نسخة فكان معلوما انتهى
اقول فيه كلام اما اولا فلان كون قوله لانها تنمو ما تركت فى الارض
دليل الرطبة وحدها ممنوع بل يمكن ان يجعل دليلا على المجموع لجريانه فى المجموع كيف لا
ولا شك ان اصل الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغى
ان يعمم دليل ذلك الدليل ايضا المجموع عند امكان ذلك واما ثانيا فلان ما ذكره
من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى
يذهب اصولهما ليس بتام اما على النسخة الاولى التى معناها لانه لا نهاية لذلك اى لزمان
ذهاب اصولهما فكان اى المدة تاويل الوقت غير معلوم فلانه يرد عليه انه انما يفيد
تحقق دليل تينك الصورتين ايضا ولا يتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود واما
على النسخة الثانية التى معناها لانه لا نهاية لذلك فكان معلوما اى كان دليل تينك
الصورتين معلوما لظهور فساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلانه يرد عليه
انه يقتضى ان لا يذكر دليل الرطبة ايضا لان حاصل ذلك الدليل ايضا جهالة المدة فينبغى
ان لا يذكر ذلك ايضا بناء على كونه معلوما فتامل قوله ولو التزم العامل الضرر يتخير
ورثة الاخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين
ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر قال الامام الزيلعى فى شرح
الكنز وفى رجوعهم فى حصته فقط اشكال وكان ينبغى ان يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق
بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضى او لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا

عليه بحصته فقط يؤدى الى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة وكذا هذا
الاشكال وارد فى المزارعة ايضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك
قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون فى حصة العامل بجميع ما انفقوا لا بحصته كما
فهمه هذا العلامة انتهى اقول ما ذكره ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به فى هذا
المقام فان عبارة الكافى للعلامة النسفى وعبارة شرح الكافى للحاكم الشهيد وعبارة
غاية البيان وغيرها هكذا وان شاؤا انفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم
فى حصة العامل من الثمر كما مر فى المزارعة انتهى ولا شك انها صريحة فى انهم يرجعون
بنصف نفقتهم لا بجميعها فانى يتيسر الحمل على خلاف ذلك قوله ولو اراد العامل
ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان قال فى العناية يعنى فى كون ترك
العمل عذرا روايتان فى احديهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم
لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفى الاخرى
عذر انتهى اقول فى تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل
معناه حينئذ فى كون ترك العمل عذرا روايتان احديهما كونه عذرا والاخرى
عدم كونه عذرا فيؤدى الى كون الشئ ظرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان
ذلك والوجه عندى ان معنى قول المصنف فيه روايتان فى جواب هذه المسئلة
وهى قوله هل يكون عذرا روايتان احديهما بالايجاب وهو ان يكون عذرا
والاخرى بالسلب وهو ان لا يكون عذرا فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى
على الفطن قوله وتاويل احديهما ان يشترط العمل بيده فيكون
عذرا من جهته اقول فيه انه انما يكون عذرا من جهته ان لو ترك
ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض ونحو ذلك واما اذا تركه بالاختيار
فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا فى الترك الاختيارى
لان الترك الاضطرارى انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ
بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها وبيان وقوع
الروايتين فيها يدل على ان المراد بترك ذلك العمل فى قوله ولو اراد العامل ترك
ذلك العمل هو الترك الاختيارى لا غير فتامل قوله وتعتدد الغراس
لاتصالها بالارض قال صاحب النهاية يعنى لو قلع الغراس وسلمها لم يكن
تسليما لشجر الغراس بل يكون تسليما للقطعة اخشبة وصح ما شرط ذلك

بل شرطت تسليم الشجر بقوله على ان يكون الارض والشجر بين رب الارض و
الغارس نصفين فلما لم يكن تسليما وهي ثابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتفى اثره
في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب
العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما
للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم انه
حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى اقول منع ذلك مكابرة لان الشجر
على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس
لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما
للشجر لا محالة بل يكون تسليما لقطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح نعم
ان توهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدلا
لا يجدي طائلا هاهنا لان استحقاق الغارس للشجر ليس بمقتضى الشرط
بل لكون الشجر ملكا له كما صرحوا به ولهذا يجب على رب الارض
رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط ان يكون الارض والشجر
بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد **قوله** وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى يعني وفي تخريج هذه
المسئلة طريق آخر ودليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق
قفيز الطحان بيناه اي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير
من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الارض نصف الغراس
من العامل بنصف ارضه او شراؤه جميع الغراس بنصف ارضه ونصف الخارج
فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها او جميعها لا لاعتبار معنى
الاستيجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى اقول يرد على الصورة
الثانية مما ذكروه وهي قولهم او شراؤه جميع الغراس بنصف
ارضه ونصف الخارج انها لا تصلح لان تكون طريق تخريج هذه
المسئلة لان وضع هذه المسئلة على ان يكون الارض والشجر
بين رب الارض والغارس نصفين وفي الصورة المذكورة
يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتصور المناصفة
في الشجر فتامل كتاب الذبائح

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح
كونهما اتلافا في الحال للانتفاع في المآل فان الزراعة انما تكون باتلاف الحب في الارض للانتفاع بما ينبت
منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى **قوله** يتجه على ظاهر
ما ذكروه من المناسبة انه انما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب
المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا ان يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما
في اكثر الشرائط والاحكام كما تقرر في مباحثها فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة
بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك ومن هذا ترى كثيرا من اصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى
قاضي خان وغيرها اكتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحدة
من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها باحكامها
بل يكفي جهة التغاير بينهما في الجملة الا يرى انهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع انه
من انواع البيوع قطعا كما صرحوا به ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع
الاوداج كذا في الكافي والكفاية اعلم ان بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا الى ان الذبح محظور عقلا لما فيه من
ايلام الحيوان ولكن الشرع احله قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندي باطل لان رسول
الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان ياكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون
باسماء الاصنام فعرفنا انه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا اعتقادا كالكذب والظلم والسفه
انتهى وقال في العناية بعد ذكر ذلك اجيب بانه يجوز ان يكون ما كان ياكل ذبائح اهل الكتاب وليس الذبح
كالكذب والظلم لان المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة
وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز ان يرد الشرع باباحته ويتقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة
للاطفال وتداويهم بما فيه المهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الائمة السرخسي والجواب المذكور
في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر اما الاول فلانه يحتاج الى دليل على انه كان يذبح بنفسه قبل
البعثة واما الثاني فكذلك يحتاج الى دليل على انه كان ياكل من ذبائح اهل الكتاب فلم لا يجوز انه لم يكن اكل
شيئا من الذبيحة الا بعد البعثة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول
اللحم قبل البعثة امر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على انه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة انه لا يظن به
عليه السلام انه كان ياكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب منع ذلك بناء على جواز انه كان ياكل ذبائح اهل الكتاب
ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستدلا فلا محل للنظر اصلا **قوله** قال الذكوة شرط
حل الذبيحة قال في غاية البيان وهذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال في اول المسئلة كان
يشير به الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري وهنا لم تقع الاشارة الى احدهما ولهذا لم يذكره في البداية وكان

ينبغي ان لا يصرح بلفظ قال او يقول قال العبد الضعيف غفر الله له انتهى وقال العيني بعد نقل
ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به
نفسه فهذا ايضا كذلك ولا يلزم تعيين الفاعل الا ترى انه عند اسناد القول الى القدوري او محمد بن الحسن
لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هذا الا على من لم يميز بين مسائل القدوري وبين مسائل الجامع
الصغير وغيرهم لم يميز بينهما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه اقول الحق ما ذكر في غاية البيان
وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمار الفاعل واراد به نفسه ان اراد به
انه ذكرها في اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه فهو فرية بلا مرية فانه اذا ذكرها
في اول المسئلة كان يشير بها الى ما ذكر في الجامع الصغير او مختصر القدوري على الاطراد كما ذكره صاحب
الغاية وان اراد به انه ذكرها في غير اول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسه
فهو واقع ولكن اذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ العتيقة
او قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكر لفظة قال وحدها في مثل تلك
المواضع قط وهذا غير خاف على من له دربة باساليب كلام المص فالشارح العيني مكابر فيما ذكره هنا
قوله لقوله تعالى الا ما ذكيتم فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله
حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى اخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا قال صاحب الغاية
والمرتب على المشتق معلول الصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى
اقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافي كون الصفة
المشتق منها التي هي الذكوة علة للحكم كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** وذبيحة المسلم والكتابي حلال
لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو في حق
المسلم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم في حق الكتابي من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة
وهو الاحسن عندي ايضا في بيان مراد المص هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى
الا ما ذكيتم ولما استشعر ان يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون
قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه اقول
فيه بحث اما اولا فلانا لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الا ما ذكيتم عام للكفار بل الظاهر انه مخصوص بالمؤمنين
كما يدل عليه السباق والسياق في النظم الشريف الا يرى ان ما قبله اول سورة المائدة وهو قوله تعالى
يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود احلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وانتم حرم ولا شك
ان الخطابات الواقعة هناك للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير
وما اهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما اكل السبع الا ما ذكيتم وقال تعالى في

بيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الى اخره بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب
في حرمت عليكم والا ما ذكيتم للمؤمنين خاصة ايضا فلا يكون مما يتم الوثني ونحوه ولئن سلم عمومه للوثني
ونحوه ايضا فلا نسلم انه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه
باخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول ان التخصيص عندنا انما يطلق على قصر
العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وان قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به
هو النسخ لا التخصيص وان الذي لا يكون قطعيا انما هو العام الذي خص منه ما يتناوله دون العام الذي
نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول
لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الا ما ذكيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم
كونه ظنيا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر
في علم الاصول ايضا ان الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه
من العمليات واما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الا ما ذكيتم يتجه على الاستدلال
بقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم بان يقال انه ايضا عام مخصوص لخروج ما لم يذكر
اسم الله عليه فيقتضي ان يضم اليه ايضا دليل آخر واما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة
الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم ان يبقى الدليل قاصرا
عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا ان يدعي ان الدليل الثاني
انما افاد حل ذبيحة الكتابي افاد حل ذبيحة المسلم ايضا دلالة ثم ان المراد بالطعام في قوله
تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم
ذبائحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص اهل
الكتاب بالذكر فائدة اذ يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا
اصطاد سمكة حل اكلها وقد رد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه
نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه انتهى اقول ليس ذاك بشيء اذ لا يخفى على
الفطن انه ليس مدار استدلالهم المذكور على ان التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه
بل مرادهم كما ينادي عليه كلامهم انه لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص اهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة
عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك ان الاستدلال بهذا الوجه يتمشى على اصل من لا يقول
بمفهوم المخالفة ايضا اذ لا يرضى احد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة **قوله** والاقلف والمختون
سواء لما ذكرنا اختلف الشراح في تعيين مراد المص بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية
البيان اراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى الا ما ذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب

وذكر الاستدلال على ذلك بالوجه المذكور في البدائع انتهى منه

حل لكم لان الخطاب عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا
وقال تاج الشريعة اراد بقوله لان حل الذبيحة يختص بالملة ورده ايضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله
ايضا وهذا ليس بمذكور في الكتاب اقول يمكن ان يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن
مذكورا في الكتاب صراحة الا انه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مر ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد
ثم قال صاحب العناية والاولى ان يجعل اشارة الى الاية والى قوله ولانه بتميز الدم النجس من اللحم الطاهر
وعادته في مثله ذلك انتهى اقول فيه نظر لان قوله ولانه بتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل
على كون الذكوة شرط حل الذبيحة ولا يدل على ان الاهل للذبح من هو كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل
بذبح الوثني والمجوسي والمرتد ايضا مع ان احدا منهم ليس باهل للذبح قطعا وقول المص لما ذكرنا تعليل لاستواء
الاقلف والمختون في الاهلية للذبح فكيف يصلح ان يجعل اشارة الى ما لا يدل على ذلك اصلا وهو قوله
ولانه بتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم اقول هنا احتمال اخر اقرب مما ذكروا وهو ان يكون قوله لما ذكرنا
اشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امراة فانه قد علم منه
ان مدار حل الذبيحة ان يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى ان الاقلف والمختون
لا يتفاوتان في ذلك فكانا سواء في حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة
ميتة لا توكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي توكل في الوجهين وقال مالك لا توكل في الوجهين
قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان او اضطراريا عامدا او ناسيا
قال الشافعي بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا يؤكل وان
تركها ناسيا اكل انتهى اقول كان حسبانه الحق في شرح هذا المحل بكلام مجمل جامع لاقسام المسئلة كلها لكنه
اخل بحق المقام في تحريره هذا اما اولا فلان قوله عند الذبح ينافي تعميم الذبح للاختياري والاضطراري كما تقتضيه
قوله اختياريا كان او اضطراريا لانهم صرحوا بان كون التسمية عند الذبح انما يشترط في الذكوة الاختيارية واما
في الاضطرارية فيشترط التسمية عند الارسال والرمي لا غير كما سيجيء ذلك في الكتاب ايضا واما ثانيا فلان نقل
المص والشارح المزبور ايضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي
ينافي تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري اذ الظاهر ان القياس المستفاد من قوله وعلى هذا
الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى اخره يقتضي عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه قوله
لقوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم اقول فيه ان دليله هذا قاصر عن افادة تمام
مدعاه لان المسلم والكتابي في ترك التسمية سواء كما مر انفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده
قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم قال في العناية وجه
الاستدلال ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصيغته تدل على ان المراد به الذكر باللسان

يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تاكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التاكيد
وتاكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا
الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر
دفعا للحرج كما اقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان مقتضى
قوله ان السلف اجمعوا على ان المراد به الذكر حال الذبح لا غير ان يكون قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه
دالا على ان لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري اصلا لان ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي
لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم ان يدخل تحت النهي عن الاكل في الاية
المذكورة مع ان حل اكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر عليه اسم الله عليه حال الارسال والرمي
مجمع عليه بلا ريب واما ثانيا فلان قوله الا ان الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان
ينافي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان او ناسيا
لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما لم يذكر اسم الله عليه
لما كان عامدا او ناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور ايضا فتحقق التنافي بين
الكلامين تامل تقف قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه قال في غاية البيان اي لا فصل في
ظاهر ما ذكرنا من الاية لان قوله ما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم التقييد باحدهما
انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي
بالمبالغة وهو مؤكد بمن الاستغراقية عن اكل متروك التسمية وهو بالاطلاق يقتضي الحرمة من غير فصل
انتهى اقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين ان يكون مراد المص بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك
يحتج بظاهر ما ذكرنا هو قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادته في مثله
ان يقول لما تلونا فما معنى المخالفة لها هنا وقد مر نظيره هنا من صاحب العناية في الصفحة الاولى
فالاظهر عندي ان يكون مراده بقوله ما ذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من
الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزم حينئذ ترك عادته لان عادته ان يقول لما تلونا فيما اذا
اراد الكتاب وحده وان يقول لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها فلما اراد هنا مجموعهما اتى
بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وحديث
عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى قوله لقوله عليه السلام افر الاوداج
بما شئت قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة
هنا اليق انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والعناية غير ان صاحب الكفاية الحق بعين لفظه واما صاحب
العناية فذكر لفظ انسب بدل لفظ اليق فقال وبهذا قال المص بعد هذا لورود الامر فيه

اقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عمم الفري والافراء للاصلاح والافساد
بلا فرق بينهما حيث قال فراه يفريه شقه فاسدا او صالحا كفراه وافراه انتهى فعلى هذا الايتم ما ذكروه اصلا
واما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا انه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن ابي
عبيد والفرق بين الافراء والفري انه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبع والفري قطع للاصلاح
كما يفري الخراز الاديم انتهى فعلى هذا الايتم قولهم فيكون كسر الهمزة هنا اليق اذ لا شك ان الذبح اذا كان
من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة هنا هو الاليق والانسب ثم ان صاحب المغرب قال
وقد جاء فري بمعنى افرى ايضا الا انه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا الاحتمال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير
مسموع فيه فضلا عن ان يكون اليق وانسب واما قول المص فيما بعد في اثناء تعليل قول محمد ولو روعي الامر
بتعبيره فلعله جرى منه على استعمال فرى بمعنى افرى ايضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث
لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث واختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء مطلقا
كما ذكر في القاموس هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** وهي اسم جمع واقل الثلث فيتناول المرئ و
الودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ قال في العناية احتج الشافعي بان جمع الاوداج
وما ثمة الا الودجان فدل على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرئ لان الحيوان لا يعيش
بعد قطعهما اقول يرد على هذا الاحتجاج انه لو كان المقصود بها مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع
واحد من الحلقوم والمرئ اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع احدهما ايضا كما لا يخفى وقد افصح عنه المص في تقرير
دليل ابي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس او الطعام مع ان الشافعي لم يقل
بكفاية قطع احدهما بل شرط قطعهما معا ثم قال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا
ومعنى اما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرئ اصلا واما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس
وهو انما يحصل بقطع مجراه انتهى اقول ما ذكر في وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر في
الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمرئ بان جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل
على ان المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرئ فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتها
عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى **قوله** الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم
فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من كلام المص الذي سيذكره
في تعليل ابي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم
بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان ما سيجيء من كلام المص في تعليل قول ابي ح
وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا انه لا يقتضي ان يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ
عليه عبارة بل يجوز ان يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلثة عبارة وعلى قطع الرابع ايضا اقتضاء

كما ذكره

كما ذكره هنا اذ لا شك انه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة اعني
العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المص **قوله** ويخرج الدم بقطع احد الودجين فيكتفي به تحرزا
عن زيادة التعذيب اقول لقائل ان يقول لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء
بقطع احدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الذكوة اولى عند ابي حنيفة ايضا بل ينبغي ان يكون
الاكتفاء بقطع احد الودجين اولى لان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر في كثير من قواعد
الفقه مع انه صرح في الشروح وغيرها بان الجميع اولى عند ابي حنيفة ايضا فتامل قال في العناية لا
يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء
من بعد لان ما تحته ليس افراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى واورد عليه بعض الفضلا
حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا ليس كذلك انتهى اقول
ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حملها على الجنس حتى يمكن ان يورد
عليه ان المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند ارباب علم الاصول اذا تعذر حمله على الاستغراق وهنا
ليس كذلك بل قال فيها ان ما تحته ما نحن فيه ليس افراده حقيقة لان اطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب
والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك اي فيما يكون ما تحته من افراده حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس
هنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور اصلا **قوله** وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر
الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة اقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى
الشافعي بل يدل على خلافه في بعض مدعاه في البعض فان القرن ايضا داخل في المدعى مع ان الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز
اكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه **قوله** ولانه
فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة اقول فيه بحث لانه ان اراد بقوله انه فعل غير مشروع انه محرم فهو ممنوع
عندنا بل هو اول المسئلة وان اراد به كما انه مكروه فهو مسلم ولكن لا نسلم انه لا يكون ذكوة مع بقائها ايضا اول
المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكوة يجوز اكل المذبوح به كما افصح عنه المص بقوله حتى لا يكون باكله باس الا انه
يكره هذا الذبح فلم يحل هذا التعليل المذكور من قبل الشافعي عن المصادرة على المطلوب كما ترى **قوله**
والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة قال في المغرب النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب
والفتح والضم لغة في الكسر ومنه قال هو عرق نعده سهوا انما ذلك البخاع بالباء يكون في القفا
ومن نخع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالنخع البلغ من النخع انتهى وقد ذكر صاحب النهاية في المغرب
بعينه غير انه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كان حسبان صاحب النهاية بما ذكره هنا من عند
نفسه حيث قال فسره المص بانه عرق ابيض في عظم الرقبة ورد نسبه صاحب النهاية الى السهو وقال
هو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بان بدن الحيوان مركب من عظام واعصاب وعروق

كما صاحب الطهارة من اكلف قوله المص قال الشافعي ...
الذبوح ... ولانه ... عند الامام ...
في ... الكراهة ... لا ... في الذبح
... لا يحل اكلها انتهى
وقد ... ذلك ... فيه

حوشب ابيني واوتار وما ثم شيء يسمى بالخيط اصلا الى هنا لفظ العناية اقول الرد المذكور مردود لان
ما ذكر من العظام والاعصاب والعروق انما هي اعضاء مفردة لبدن الحيوان وله اعضاء آخر مفردة كالغضروف
والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا اوليا كالعضل او ثانيا كالعين او ثالثا كالوجه ثم الكلام
مثلا على ما بين كله في كتب الطب فان اراد بقوله وما ثم شيء يسمى بالخيط انه ما في الاعضاء المفردة المخصوصة التي
ذكرها شيء يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لا يجديه شيئا اذ لم يقل احد بان النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم
من ان لا يسمى شيء من تلك الاعضاء بالخيط ان لا يكون النخاع خيطا وان اراد به انه ما في اعضاء بدن الحيوان والجملة
مطلقا شيء يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك ان النخاع من اجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها
المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صحاح الجوهري فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذي في جوف الفقار ومنها
القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب
في الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

لما ذكر احكام الذبائح
شرع في تفصيل الماكول منها وغير الماكول اذ المقصود الاصلي من شرعية الذبح التوسل الى الاكل وقدم الذبح لانه وسيلة
الشيء تتقدم عليه في الذكر **قوله** وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور
والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب قال صاحب غاية البيان وهكذا اقرر شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح
المبسوط ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث باجمعهم بتقديم كل
ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ولو صحت تلك الرواية فنمنع انصراف
قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب انتهى اقول ان قوله لان
قوله وكل ذي ناب اولى بالانصراف اليه لكونه اقرب ليس بتام لان كونه اقرب انما يقتضي اولوية انصرافه اليه
من انصرافه الى النوع الاول وحده ولا يقتضي اولوية انصرافه اليه من انصرافه الى النوعين جميعا ومدعى الشيخين
انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه ان يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يابى ان يكون
البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر ان يكون كل من
البيانين قيدا لما قرن به من احد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام
فتدبر **قوله** والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة قال الشراح الفرق بين الاختطاف
والانتهاب ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم انتهى اقول فعلى هذا كان
ينبغي للمصنف ان يقول والسبع كل مختطف او منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب
يشعر اجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى **قوله** وكره
اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهو طائر ابقع يشبه النسر في الخلقة يقال له
الانوق كذا في الصحاح والبغاث طائر ابغث الى الغبرة دوين الرخمة بطيء الطيران كذا في الصحاح ايضا معزيا

الى ابن

الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر اغبر انتهى قال جمهور الشراح هنا البغاث
ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه فقال بعضهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها اقول هذا التفسير منهم
لا يناسب ما في الكتاب اما اولا فلانه يتناول ما يؤكل لحمه ايضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في
اوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضي خان واما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا ياكل
الجيف بل ياكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم ان لا يتم قول المص لانهما
ياكلان الجيف ثم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ههنا فانه قال في ديوان الادب
البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح
قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيئا من ذلك لا يصلح ان يجعل تفسيرا لما في الكتاب لما ذكرنا
من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح اولا معزيا الى ابن السكيت
وما ذكر في القاموس ايضا تبصر ترشد **قوله** وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال
صاحب معراج الدراية اي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع افراده كما اذا
قال الطبيب لمريض لا تاكل لحم البعير يتناول نهيه كل افراده انتهى واقتفى اثره العيني اقول ليس ذلك بسديد
لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل ان يرتب الحكم
على فرد من افراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر افراد ذلك الجنس ايضا لا من قبيل ان يرتب الحكم على الجنس
فينسحب ذلك الحكم على جميع افراد ذلك الجنس كما توهمه ذانك الشارحان فالظاهر ان مراد المص هو انه انما
تكره الحشرات كلها لان الضب منها وقد ورد في كراهة اكله النص فيستدل بكراهة اكله على كراهة اكل سائر
الحشرات ايضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم اقول ليت شعري لم وقع المصنف
في هذا المضيق ولم يتشبث في اثبات كراهة اكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولا كلام
ان الحشرات كلها من الخبائث والا لم يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه
قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح قال صاحب العناية في تعليل
كون الاول اصح لانه روي ان ابا يوسف سأل ابا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شيء اكرهه فما رأيك فيه قال
التحريم انتهى اقول فيه نظر لان هذا انما يدل على كون الاول اصح ان لو كان المروي عن ابي حنيفة
في هاتيك المسئلة منحصرا في لفظ اكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس كذلك
بل المروي عنه فيها لفظان احدهما لا يعجبني اكله وبه اخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما اكرهه وبه
اخذ من قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة
حتى الشارح المزبور نفسه ايضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور ومبنى اختلاف المشايخ في قول ابي حنيفة
على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فاما انا فلا يعجبني اكله وهذا

يوح الى التنزيه وروي عنه انه قال اكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن ابي يوسف انتهى تأمل قوله
لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل اقول الظاهر ان ضمير لهم راجع الى الجميع من خالفنا
في هذه المسئلة على التفصيل المار اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل ائمتنا مع ان التمسك بهذه الاية على الوجه
المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان كما مر ذكره ايضا اذ على ذلك
القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل قوله ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث اقول لا يذهب
على الفطن ان هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير الى اطلاق ذلك
الحديث ايضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغي
ان يقال لاطلاق ما روينا والطلاق حديث حل ميتة البحر

كتاب الاضحية

اورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا اقول فيه
مناقشة وهي انهم ان ارادوا ان الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين
انه لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان ارادوا ان الخاص يكون بعد العام في التعقل فهو انما يكون اذا كان
العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن ان يقال تميز
الذاتي من العرضي انما يتعسر في الحقائق النفس الامرية واما في الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه
فكل ما اعتبر داخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالامور الداخلة في مفهومه
تصورا له بالكنه ولا شك ان معنى الذبح داخل في معنى الاضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل
معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل تقف ثم ان في بيان معنى الاضحية لغة وشريعة
قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية اما لغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح في
يوم الاضحى انتهى اقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما
فان المذكور فيها ان الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر في واحد منها عموم الاضحية لشيء من غير الشاة
كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية
في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا يجب
الشرع ولا يجب اللغة وقال صاحب الكافي والكفاية هي ما يضحى بها اي يذبح انتهى اقول فيه خلل
بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك ان الاضحية اخص
منها ثم قال صاحب النهاية واما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والمعز
بسن مخصوص وهو الثني فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضأن يذبح بنية القربة
في يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العناية وفي الشريعة
عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الاضحى انتهى اقول يرد على ظاهره انه

انتهى قوله فيه [illegible] الظاهر [illegible] تتناول كل ما يذبح في يوم الاضحى [illegible]

ان الاضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان في ذلك الوقت
فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال وهي في الشريعة
ما يذبح في يوم الاضحى بنية القربة فقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فانه
لم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور
المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه وهذا كما قيل في تعريف العلم بحصول صورة
الشيء في العقل ان المراد به هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة
مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه اخر حيث قال اعلم انه
لابد في التعريف من قيد اخر وهو ان يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى اقول يمكن ان
يجاب عنه ايضا بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الاخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوع
وهو الانواع الاربعة اي الابل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السن ايضا وهو الثني فصاعدا من
الانواع الاربعة المذكورة والجذع ايضا من الضأن وحده فلا ينتقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في
النهاية وغيرها لكان اظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيله في كتب تضاعيف المسائل الاتية
ثم قال صاحب النهاية واما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء اما شرائط الوجوب
فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو ايام النحر لو ولدت المرأة ولدا
بعد ايام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال واما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت يسقط
الاضحية الا ان في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو ان يكون بعد صلوة العيد ثم قال واما
سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصفها القدرة فيها بانها ممكنة او ميسرة
لم يذكر لا في اصول الفقه ولا في فروعه اما الاول فاقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت
وهو ايام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل
في اضافة الشيء الى الشيء ان يكون حادثا به سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب
الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل
من اضافة الحكم الى سببه كما في صلوة الظهر ولكن قد يضاف الى حكمه كما في يوم الجمعة وتثل هذه الاضافة في الاضحية
لم توجد في حق المال الا يرى انه لا يقال اضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى اقول
فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال ان يكون سببا لوجوبها لان الشيء الواحد
لا يصح ان يكون شرطا وسببا لشيء واحد آخر اذ قد تقرر في علم الاصول ان الشرط والسبب متباينان قد اعتبر
في احدهما ما ينافي الاخر فانه قد اعتبر في السبب ان يكون موصلا الى المسبب في الجملة وفي الشرط ان لا يكون
موصلا الى المشروط اصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن الممتنع ان يكون شيء واحد موصلا

الى شيء واحد آخر وان لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلوة ان
الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم ان يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شيء واحد **قوله** الاضحية واجبة
على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى **قال** في العناية اخذا من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل
ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق
بعينها او بقيمتها ولا يسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما
في الزكوة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال ادنى
ما يتمكن به المرء من اقامتها تملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل ان وجوبها
بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة
مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيه الغنى كما في صدقة لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك
وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان
اعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء
على قوله بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية في اول يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر الخ حيث قال فيه
ان المشتري اذا كان فقيرا حين اشتراها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففي دلالة ما ذكره على
مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتأمل
انتهى **اقول** ليس هذا بشيء اذ لا نزاع لاحد في ان علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على النصاب
وانما الكلام هنا في ان القدرة التي يجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة ام القدرة الميسرة فاستدل
صاحب النهاية على انها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت في فتاوى قاضيخان وهي ان الموسر اذا اشترى شاة
للاضحية في اول ايام النحر فلم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها ولا يسقط عنه
الاضحية واقتفى اثره صاحب العناية ولا شك في استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة
لكان دوامها شرطا على ما تقرر في علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب
التصدق بعينها او بقيمتها لان علة الوجوب في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة
وعلته في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به ايضا فبعد ان تقرر ان علته في الموسر هي
القدرة لا غير يكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين ان المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا الميسرة على ان
اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسرا
هو التصدق بعينها حتى لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجيء في الكتاب مفصلا **فقال** ذلك البعض ثم ظاهر قول
المص ويفوت بمضي الوقت يدل على ان وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والا لم يسقط وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر
شاة في يوم النحر انتهى **اقول** وليس هذا بشيء لان مراد المص هناك فوات اداء الاضحية بمضي الوقت

لا سقوطها بالكلية في حق المقيم ايضا فان الاداء وهو تسليم عين الثابت بالامر يفوت بمضي الوقت في الواجبات
الموقتة مطلقا لان الوقت شرط لادائها على ما عرف في اصول الفقه واما القضاء وهو تسليم مثل الواجب
بالامر فلا يسقط بمضي الوقت وانما الفائت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا ايضا مما عرف في اصول الفقه
وقد تقرر فيه ايضا ان القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلوة للصلوة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية
للصوم وثواب النفقة للحج وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا اداؤها في وقتها باراقة الدم وقضاؤها
بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها او بقيمتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المص ويفوت بمضي الوقت
يدل على ان وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والا لم يسقط وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر
شاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل احد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والا لم يسقط ولم يقل احد بصحة
اداء الموقتات بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه ان يضحي وان لم يشتر شاة في يوم النحر فان التضحية
اراقة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده وانما الذي يلزم بعده قضاؤها وهو انما يكون بالتصدق
بعينها او بقيمتها لا بغيره **ثم قال** ذلك البعض وسيقول المص انها تشبه الزكوة من حيث انها تسقط بهلاك المال
قبل مضي ايام النحر كالزكوة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال
بعدما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في ان المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه
اقول وهذا ايضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر
لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها كما مر بيانه
ومعنى ذلك ما تقرر في علم الاصول من ان وجوب الاداء في الموقتات التي يفضل الوقت عن ادائها
كالصلوة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هناك يتوجه الخطاب حقيقة لا قبله في ذلك الآن لا يأثم بالترك لا
قبله حتى اذا مات في الوقت لا شيء عليه والاضحية من هاتيك الموقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي
وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها لتقرر سبب وجوب ادائها اذ ذاك بل يلزم قضاؤها
بالتصدق بعينها او بقيمتها بخلاف الزكوة فانها من الواجبات المطلقة دون الموقتة كما نص عليه في
علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا اي في اي وقت كان لان الاعتبار للقدرة الميسرة فيها
ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب الى العسر كما عرف في اصول الفقه فلو كان المعتبر
في الاضحية ايضا هو القدرة الميسرة لزم ان تسقط الاضحية اداء وقضاء بهلاك المال بعد ايام
النحر ايضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لا محالة ومراد المص بقوله المزبور بيان مشابهة
الاضحية بالزكوة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن
البين في قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب حيث قيد
هلاك المال بكونه قبل مضي ايام النحر في سقوط الاضحية واطلق هلاك النصاب في سقوط الزكوة

والعجب ان هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المص كالصريح في خلافه
قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا
الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم ينله شفاعتي
واجيب بانه محمول على الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام قد يجب المقاتلة به
لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول
ذلك التاويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث ايضا بان يكون المراد بقوله عم ولم يضح هو ترك التضحية اعتقادا
او تركها اصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام
كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة ابيكم ابراهيم وبان ابا بكر وعمر
رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة ان يراها الناس واجبة واجيب عن الاول
بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بانها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بانه مشترك الالزام
فان قوله ضحوا امر وهو للوجوب وقوله فانها سنة ابيكم اي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة
في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة ان يراها الناس واجبة
على المعسرين انتهى اقول في تقرير الجواب عن الثاني خلل فان القول بانه مشترك الالزام
ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا امرا وكان الامر للوجوب وجاز ان يحمل السنة في قوله فانها سنة
ابيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب ايضا تعين جانبنا ولم نشترك في الالزام
قط فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه
امر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة ابيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين
واجبة كانت او غير واجبة انتهى واورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث
فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلث كتبت
علي وهن لكم تطوع الحديث انتهى اقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم
بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في انه دافع تلك المعارضة بالجواب
المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ما هو
المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة اخرى لاصل المدعى ولعل جمهور الشراح انما لم يتعرضوا
للجواب عنها اصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني اخرجه عن جابر الجعفي
عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره اهل الحديث وقال صاحب التنقيح
وروي من طرق اخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى قوله وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها
مختصة به اقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله

وانما

وانما اختص الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها اي الاضحية
مختصة به اي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية
نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك
الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى
اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلا بد ان يكون المراد بقوله لانها مختصة به
ان وجوبها مختص به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المص فيما قبل فقال
بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الخ والتقييد بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك
ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم ح تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة
فيه فان قلت يجوز ان يكون مراد المص بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه العقد ورعي في مختصره
بالحرية على ان يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة به في الشرع
فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة
فيه قلت نعم يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة اللغو فان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك
الاختصاص كما فعل في اختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم ان يكون المبين
والمعلل هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون ان يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك
الوقت بشيء اصلا ولا يخفى ما فيه قوله ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل
الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله
ومن ضحى قبل الصلوة في المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت اقول هذا اشكال لان الحديثين
اللذين ذكرهما المص فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة في بيان وقت
جواز التضحية لا يدل شيء منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر في حق اهل الامصار بل يدل
ظاهر كل منها على ان اول وقتها في حقهم على الصلوة بعد الصلوة فمن اين اخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من
يوم النحر على العموم في حق اهل الامصار ايضا وعلى تقدير ان يتحقق الماخذ لذلك فالاشكال باق
لانه اذا لم تتادى الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلوة في حق اهل الامصار بل
لم يكن اداؤها قبل الصلوة في حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الوقت الذي قبل الصلوة
من يوم النحر وقتا للاضحية في حق اهل الامصار ايضا وما ثمرة ذلك والظاهر ان ثمرة كون وقتها وقتا
للواجب صحة اداء ذلك الواجب في ذلك الوقت ولا اقل من امكان ادائه فيه فتامل ثم اني صاحب الوقاية
قال في تحرير هذه المسئلة واول وقتها بعد الصلوة ان ذبح في مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان
ذبح في غيره واخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال

[illegible]

في مشيه واول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر واخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلوة عليها
ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال فيما نقل عنه في الحاشية هذا من المواضع التي اخطأ فيها تاج الشريعة
حيث زعم ان اول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه لصدر الشريعة انتهى كلامه اقول لا خطأ في كلام
تاج الشريعة اصلا فان مراده بقوله فاقد وقتها اول وقت ادائها لا اول وقت وجوبها ولا شك ان اذا كان
تقديم الصلوة عليها شرطا في حق اهل الامصار كان اول وقت ادائها في حقهم بعد الصلوة وان كان اول وقت
وجوبها بعد طلوع الفجر يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الامام قاضي خان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن
كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلوة العيد انتهى **قوله** ولو ضحى بعدما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه
استحسانا لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاتهم قال الشارح قوله اجزاه استحسانا يشير الى انه لا يجزيه
قياسا وذلك لان اعتبار جانب اهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب اهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلوة
من وجه وبعد الصلوة من وجه فوقع الشك وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى
اقول هنا بحث وهو ان ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكره لان كون صلوة اهل المسجد
صلوة معتبرة لا ينافي كون اهل الجبانة ايضا صلوة معتبرة كيف وقول المص وكذا على هذا عكسه صريح في ان صلوة اهل
الجبانة ايضا صلوة معتبرة والا لم يجز العكس فاذا كانت كلتا الصلوتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد
احدى الصلوتين قبل الاخرى واقتضى الاخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكر
في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكره فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسئلة الكتاب **قوله**
وهي جائزة في ثلثة ايام يوم النحر ويومان بعده اقول لقائل ان يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بانهما ليسا
من ايام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر ان ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد وايام
النحر ثلثة والجواب ان المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر
وتشريق كما تبين في الكتاب والتحقيق ان يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الاول من ايام النحر وهو يوم العيد
واما ايام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين
تبصر ترشد **قوله** ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية
قال في معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك
انتهى اقول ليس ذاك بسديد لان الحكم هنا هو التصدق بها حية وليس الحكم كذلك فيما اذا كان واجبا
بدون الايجاب على نفسه فان الحكم هناك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها حية كما افصح عنه المص
بقوله فان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر **قوله** فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق
اخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال صاحب العناية في شرح هذا
المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين او القيمة اخراجا له عن العهدة كالجمعة

تقضى بعد

تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس
الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصدق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد
المص التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب كما لا يخفى انتهى اقول ذاك ساقط اذ لا نسلم انه لا يلائم الاعتبار بالجمعة
والصوم لان الاعتبار بهما من حيث ان القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث
ان قضاء ما وجب عليه في الاداء بجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذي فطنة ان هذا المعنى يتحقق
في التصدق بالعين ايضا لان الواجب عليه في الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة
او بالعين ثم ان كون مراد المص بالتصدق في قوله فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للغني الغير
الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شان المص جدا اذ يلزم حينئذ ان يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان
اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد اشتراها بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه في افادة حق المقام بلا ضرورة
وحاشا المص عن ذلك فالحق ان مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما اشار اليه صاحب العناية
بقوله وجب التصدق بالعين او بالقيمة **قوله** ولا يضحي بالعمياء والعوراء الى الاخر قال صاحب النهاية لما ذكر
ما يجوز في الاضحية شرع في بيان ما يجوز من الاضحية انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا يذهب عليك انه لم
يذكر فيما قبل ما يجوز من الاضحية وانما يذكره فيما بعد بقوله ويجوز ان يضحي بالجماء والخصي والثولاء الى اخره والذي ذكره
فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب والسنة وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن يجب عليه الاضحية
وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة واول وقت الاضحية وعدد ايامها وما يتعلق بكل واحد من هذه
الامور من الفروع والاحكام كما عرفته من قبل ولعل صاحب العناية تدارك حيث قال في شرح المقام هذا بيان ما لا يجوز
التضحية به ولم يتعرض لذكر ما يجوز به التضحية **قوله** واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار الاكثر الى اخره
اقول تطبيق هذه الروايات عن ابي ح على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لان عبارتها اكثر اذنها وذنبها بصيغة
التفضيل والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي ان يكون الجزء الباقي منهما اقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه
الروايات عنه اما في رواية الربع وهي رواية الثلث فظاهر اذ لا شك ان الربع ليس باكثر من ثلثة الارباع ولا الثلث
باكثر من الثلثين واما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذا لم يجاوز النصف لم يصر اكثر الكل وفي رواية
الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم
الاجزاء على هذه الرواية ايضا ذهاب اكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن ابي حنيفة في مقدار
الاكثر بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير
كما يرشد اليه قول المص في بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما زاد لا تنعدم الا بضمائم فاعتبر كثيرا وقوله في بيان وجه رواية
الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير ايضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقي
والا يعود المحذور بل المراد به الكثير في نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثرة فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات

المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل ان تكون عارية عن اللام
والاضافة ومن كما تقرر في موضعه وفي عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل
على قاعدة العربية ولئن اغمضنا عن ذلك لا يصح تعليل المص تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا
على تقدير ان يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلق حكم الكل بقاء وذهابا للزم ان يعتبر الاذن والذنب
باقيا وذاهبا في حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقي والذاهب منهما كثيرا في نفسه كما اذا ذهب ربعهما
او ثلثهما او اكثر من ثلثهما في الجملة على ما وقع في الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين تامل تقف
قوله ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلثة الاكل والادخار لما بينا والاطعام
لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا **اقول** لقائل ان يقول الامر المطلق للوجوب
عند اكثر العلماء كما تقرر في علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى واطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام لا مجرد
استحبابه فليتامل في الجواب **قوله** ولا بأس ان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك
مثل ما ذكرناه لان للبدل حكم المبدل **اقول** ولقائل ان يقول هذا تعليل في مقابلة النص وهو قوله عم
من باع جلد اضحيته فلا اضحية له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه ايضا والتعليل في مقابلة
النص غير مقبول على ما تقرر في اصول الفقه فليتامل في الدفع **قوله** ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد
استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد التمول **اقول** فيه بحث
اما اولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم مما لا ينتفع بعينها اصلا اي لا مع بقائها
ولا بعد استهلاكها وانما هي وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما
ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز ان يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس
جلد الاضحية غير محرم فكذا ببدله واما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم انما ثبت بخلاف القياس
على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد ان بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه
بانه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان البدل له حكم المبدل قال فكان القياس ان يجوز
بيع الجلد بالدراهم ايضا الا انا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلي ولا تعط اجر الجزار منها فاذا اعطى
اجر الجزار منها يصير بائعا اللحم او الجلد بالدراهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره انتهى
واذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والابازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما
يقتضيه قول المص اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل
معدولا عن القياس فالاظهر ان يترك القياس على البيع بالدراهم في تعليل هذه المسئلة ويقال في تعليلها
لانه لا يصلح ان يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن له حكم
عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد اشار اليه صاحب البدائع حيث قال ولان بيع هذه الاشياء

بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه
يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير
لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى **قوله** فصار كالو باع
اضحية قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني انه لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها
انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله انتهى
اقول قد تكلفوا في بيان مراد المص بقوله المذكور جدا حيث جعلوه صورتين فرادوا في الصورة الاولى
اشتراء غيرها بثمنها واعتبروا التصدق في تلك الصورة في بعض الثمن دون كله وزادوا في الصورة الثانية
مضي ايام النحر وليس في كلام المص هنا ما يدل على شيء من ذلك وليس في المقام ما يقتضي شيئا منها كما لا يخفى
مع ان الامر في معنى هذا الكلام على طرف الثمام يحمله على حذف المضاف اي كما لو باع لحم اضحيته فيكون
المراد به الاشارة الى ما مر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه
تصدق بثمنه تدبر **قوله** ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه **قال** في العناية وقوله
ومن اتلف لحم اضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعني ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما
متلفا لحم اضحية صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه كان الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فلكل واحد
منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى **اقول** ليس هذا التوجيه بوجيه فان قول المصنف
وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لا بد لها من دليل مغاير لها
وفي التوجيه المذكور قد اخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه تالي المغاير لتالي
المسئلة غير مذكور في الكتاب اصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم
اضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المص بعد المقدمات الكثيرة ومن اتلف
لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي ان قول المص ومن اتلف لحم اضحية
غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه
كان اللحم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على اصل المسئلة
وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل ان تضحية
كل واحد منهما لما وقعت عن صاحبه كان اللحم الذي اتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن اتلف لحم
اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري ان صاحب التوجيه الاول ماذا
يصنع في حق قول المص وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على
اصل المسئلة ام يجعله متصلا بشيء آخر غير اصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شيء من ذلك

كتاب الكراهية

اورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة

مسائل كل واحدة منهما لم تخل من اصل او فرع ترد فيه الكراهة الا يرى ان التضحية في ليالى ايام النحر مكروهة
وكذا التصرف في الاضحية بجز صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي وغير ذلك
كما ان الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا
الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوى في مختصره وتبعها المص وسماه
محمد في الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة
والمغنى وغيرها وسماه الكرخي في مختصره بالحظر والاباحة وتبعه القدورى في مختصره والامام قاضيخان
في فتاواه وكذا وقع في التحفة والتتمة والايضاح ولكل وجهة موليها اما وجه التسمية بالكراهية
فلان بيان المكروه اهم لوجوب الاحتراز عنه واما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع
وما قبحه ولفظ الاستحسان احسن فلقب به ولان اكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها واما وجه
التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما اباحه كذا ذكر
وجه كل منها في الاختيار شرح المختار وفي شرح الكنز للامام الزيلعي ثم ان الكراهية في اللغة مصدر كره
الشيء كرها وكراهة وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضى قال الله تعالى عسى ان تكرهوا شيئا
وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة
ليست بضد الارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصى اى ليس براض بهما ولا محب لهما
وان كان الكفر والمعاصى بارادة الله تعالى ومشيته وعند المعتزلة هي ضد الارادة ايضا على ما عرف
في اصول الكلام واما معنى الكراهية في الشريعة فما هو المذكور في الكتاب **قوله** قال رضى الله عنه
تكلموا في معنى المكروه يعنى اختلف اصحاب الشرع في معنى المكروه فروى عن محمد انه نص على ان كل
مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى
الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض فان الاول ثابت بدليل ظنى والثانى ثابت بدليل
قطعى وروى عن ابى حنيفة وابى يوسف انه الى الحرام اقرب ثم ان هذا حد المكروه كراهة تحريم
واما المكروه كراهة تنزيه فالى الحل اقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب ولبعض المتاخرين
هنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لما في تضاعيفها خوف الاختلال كراهة الاطناب
قوله قال ابو حنيفة يكره لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد لا باس
بابوال الابل قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف
الالبان عليها اذ اللبن لا يكون الا من الاناث انتهى يعنون انه لو قال يكره لحوم الحمر والبانها
لرجع الضمير في البانها الى الحمر المذكورة فيما قبل وذلك يعم الذكور والاناث فلا يستقيم عطف
الالبان مضافة الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا تتصور في ذكور الحمر

وانما يحن

وانما تحقق في اناثها التى هى الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك ايضا بتقدير وتاويل لكن مرادهم عدم استقامة
ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقط عن كلامهم مؤاخذة بعض المتاخرين وقال ذلك البعض وانما خص
كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل
والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو اعاد كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا
للبواقى انتهى اقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بانه في الاكل والشرب
لا يفيد شيئا فيما نحن فيه اصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه
المسئلة بل كثير من المسائل الاتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الاكل والشرب ايضا فيتحقق
عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه اصلا او ذكر معها غيرها ايضا مما سبق
في الذبائح واما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيرا للبواقى فغير تام ايضا لان ذكر ما
ذكر مرة وبقى مستوفى تذكيرا للبواقى المذكورات ليس من داب المصنفين ولا حاجة بهم اليه اصلا ثم اقول
الاوجه ان يقال انما خص الاتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها ايضا لان جميع ما يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح
مستوفى وكراهة لحوم الاتن انما ذكرت ههنا توطئة لكراهة البانها التى لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل
لكراهة لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الاتن بالذكر دون غيرها ثم قال ذلك البعض
وانما حكم ابوال الابل فانما ذكره المص فيما سبق وذكره محمد ههنا في الجامع الصغير فليس فيه
التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه اقول ليس هذا الكلام بصحيح لان المص ايضا
ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزم التكرار قطعا وانما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد في الجامع الصغير
ولم يذكره المص ههنا واما كون ما خذ ما ذكره المص ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدى
شيئا في دفع التكرار لان المص ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره ماخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر
مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة **قوله** وتاويل قول ابى يوسف لا باس به للتداوى انما احتاج
المص الى هذا التاويل لان مذهب ابى يوسف ان بول ما يؤكل لحمه نجس كما مر في كتاب الطهارات
فلزم ان يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بابوال الابل حل شربها
عند ابى يوسف ايضا فاول المص قول ابى يوسف المذكور ههنا بنفى الباس عن شربها للتداوى وشربها
للتداوى ليس بحرام عنده وان كانت نجاسة كما تقتضيه قصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب
الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذا المقام واما قول ابى يوسف ومحمد في الجامع الصغير
لا باس بذلك فينصرف الى الحكم العرفى خاصة لان بول العرفى نجس عند ابى يوسف ايضا الا انه
اطلق شربه للتداوى وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى اقول فيه نظر
لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن ابى حنيفة قال اكره شرب ابوال الابل

ويجوز ان يكون ذكر الذكر لانه لحم الاتن ... كراهة البانها قول المصنف في تعليل كراهة البانها واللبن يتولد من اللحم ... كذا في حل مسـ

ولحم الجزور وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك ان عبارة كله في قوله وقال ابو يوسف ومحمد لا باس بذلك كله تمنع عن ان يكون قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منحصرا في لحم الجزور خاصة بل تقتضي شموله لابوال الابل ايضا **قوله** وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة والذبائح فلا نعيدها اقول في رواج هذه الحوالة بحث فان البيان الاتي من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا ابوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كتاب الصلوة والذبائح وانما بينت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يوكل لحمه مطلقا وعن هذا صاحب الكافي وقد جرت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبائح ويمكن ان يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين اما في توجيه الصورة الاولى منهما فبان يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بينا هذه الجملة على ما عدا الابوال بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فاخذ حكمه واما في توجيه الصورة الثانية منهما فبان الطهارة لما كانت من شروط الصلوة ومباديها عبر المص عن كتاب الطهارات بكتاب الصلوة مسامحة قال بعض المتاخرين وانما قال والصلوة مع ان البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى انه ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلوة كما وقع في فتاوى قاضي خان وان لا يترجم لها كتابا على حدة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان مآله ان يكون مراد المص بتغيير المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله في اول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلوة وهل يليق بالعاقل ان يقصد الاشارة الى مثل ذلك على ان الشراح ذكروا قاطبة في اول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارات في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي ان يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلوة ممنوع وعن هذا ترى اكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المص بين فيما تقدم ان شرب ابوال الابل حرام عند ابي حنيفة وذكر دلائلهم هناك لكن نبه ههنا على دليل محمد على طهارته مع ان استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وان طهارته لم يلزم عنده الا من حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاكم فيما حرم عليكم كما سبق فبناء حله على طهارته دور ظاهر الى هنا كلامه اقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة لطهارته في العقل بان يصير دليلا عليها واما طهارته فانما تكون علة لحله في الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا في العلوم العقلية ان الحمى علة للعفونة في الذهن والعفونة علة للحمى في الخارج فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان اني وبعكسه برهان لمي ولا دور اصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر واثره فان الاول علة للثاني في الخارج وان كان الثاني علة للاول في العقل اي دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع **قوله** واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه اي لان الادهان في انية الذهب والفضة ونحوه

في معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمالها والمحرم هو الاستعمال باي وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطيب ايضا وفي النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب او الفضة ويصب الدهن على الراس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الراس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة في الجامع الصغير انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وادعا انه مخالف لما ذكره المص في المكحلة فان الكحل لا بد وان ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى **قوله** يمكن دفع المخالفة بين القولين بان المحرم في اوان الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية الذهب والفضة عند ارادة الادهان منها انما يتحقق في العرف والعادة باخذ آنيتهما وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها واخذ الدهن ثم صبه على البدن واما استعمال مكحلة الذهب والفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح في تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل في صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو انه يقتضي ان لا يكره اذا اخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم اكل منها واذا اخذه بيده واكله منها واجاب عنه صاحب الاصلاح والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض اقول منشأه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم اما الاول فلان معنى قولهم من اناء ذهب ابتداء آنية واما الثاني فلان مرادهم ان الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل اكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا اكل الطعام منها باليد او الملعقة لانها وضعت لاجل ابتداء الاكل منها باليد او الملعقة في العرف واما اذا اخذ منها ووضع على موضع مباح فاكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا اخذت وصب منها الدهن على الراس لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه واما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن وصبه على الراس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر ان مرادهم ان يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه اقول فيه نوع استدراك بلا اختلال فان قوله منشأه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله اما الاول فلان من قولهم من اناء ذهب ابتدائية امر زائد بل مختل اذ لو فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتاخرين من اصحاب المتون واما ثانيا فلانه لا تأثير لا بتداء في تمشية الجواب الذي ذكره ههنا اذ يكفي فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء او في الانتهاء ويظهر ذلك بالتامل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر الجواب المزبور طعن في بعض عباراته قال والحق ان الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل بوجود مماسة اليد بالاناء وقت

الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان للمماسة تاثيرا في الحرمة كما يجيء من وجوب الاتقاء عن موضع
الفضة في الاناء المفضض والمضبب وقت الشرب فتامل انتهى قوله يرد على هذا الفرق الذي عرضنا الفعل
الذي اورده صاحب التسهيل فانه اذا اخذ الطعام من آنية الذهب والفضة بملعقة ثم اكل منها او اخذ بيده
واكل منها لم يوجد هناك مماسة اليد بالانية مع انه يكره بلا شك فالمخلص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق
بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك واما الاناء المفضض والمضبب فبمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة
او ذهب بل هو مركب من لوح وفضة او ذهب فاعتبر ابو حنيفة في حرمة الشرب منه مماسة العضو للجزء الذي هو
من الفضة والذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين اصل ياتي بيانه **قوله** لهما ان مستعمل جزء من الاناء
مستعمل جميع الاجزاء فيكون جمعهما في التعليل جريا على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع ابي يوسف وان كان
افرد ابا يوسف في بيان الحكم فيما قبل واما صاحب الكافي فافرده ههنا ايضا حيث قال احتج ابو يوسف بعموم ما ورد
من النهي ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال بعد نقل ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب
والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال في الحاشية رد لما في الكافي من احتجاج ابي يوسف
اقول ليس ذلك بتام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة انه لم يعم المفضض والمضبب
عبارة بتمامها ولانه كعمومه للادهان فيه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب
وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كلها تناول النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما
صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهما العمومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن
استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة في الاناء وغيرها انما
كانت لما فيه من التشبه بالاكاسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث
لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا اما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تامل وقال الامام الزيلعي في شرح
الكنز لابي يوسف ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب او فضة او اناء
فيه شيء من ذلك فانه يجرجر في بطنه نار جهنم الدارقطني انتهى ورد عليه ايضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل
ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على ابي حنيفة رحمه الله لكن لم يجاء في روايات البخاري وغيره الا
خاليا عن زيادة او اناء فيه شيء من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج ابي يوسف انتهى
اقول عدم وجدان تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية
اخرى لم يطلع عليها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني
فكيف يصح ان يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رد الرواية وهو ليس من فرسان ميدان علم
الحديث كما لا يخفى **قوله** معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم اقول كان الاظهر ان يقال
معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان ههنا

كون قول

كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل او الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما
يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح وقد عرفت هناك مستوفى وعبارة المصنف توهم اصالة الثاني كما
ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان اظهر من الحل وكان اوفق لما قبله من
قوله وقال اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم الا انه لم يتغير لفظ محمد في الجامع الصغير تبركا به
قوله لان ما قبل قوله في الحل وان لم يقبل في الحرمة قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه
لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه اكله فانه يتضمن الحل لا محالة وان لم يقبل في الحرمة لان الحرمة
مرجحة على الحل دائما انتهى اقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه اكله وكذا في تعليله
لان قوله وسعه اكله جواب المسئلة فهو في قوة ان يقال يقبل قوله فيما اخبر به لانه تم قوله
قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه اكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قوله
قوله فيما اخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندي في شرح كلام المصنف هنا ان يقال يعني
انه لما قبل قوله في الحل اي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم فانه يتضمن
اثبات حل اكل ما اشتراه كما صرحوا به قاطبة وان لم يقبل قوله في الحرمة اي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله
اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به ايضا تبصر **قوله**
لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال جمهور الشراح قوله لما قلنا
راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء انتهى اقول لمانع ان يمنع ان انفس الجواري
والعبيد تبعث عادة على ايدي هؤلاء بخلاف اهداء غير انفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على ايديهم بلا
نكير من احد وقال صاحب العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني
اقول ولمانع ان يمنع ان عدم قبول قولهم في اهداء مواليهم انفسهم يؤدي الى الحرج لامكان اهدائهم
على ايدي غيرهم من سائر العبيد والجواري والصبيان وعدم القدرة على غيرهم اصلا نادر لا يعتد مثله
مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقا على ايدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فان فيه حرجا
بينا سيما في اهداء الامور الخسيسة **قوله** ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات
الا قول العدل قال في التلويح قيل ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في
مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام
السرخسي ومحمد رحمهما الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فقيل يجوز ان يكون المذكور
في كتاب الاستحسان تفسيرا لهذا فيشترط ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان
يكون في المسئلة روايتان انتهى اقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات
لان قول الفاسق يقبل في الديانات ايضا بشرط التحري كما ستجيء التصريح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك

على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهي رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني
فان الفرق المذكور يستقيم ح اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري قوله ولا يقبل
فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به قال
الشارح وظاهر الرواية اصح لانه لا بد من اعتبار احد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار
العدد فبقي اعتبار العدالة انتهى اقول فيه بحث لان اصل ابي ح في الشهادة ان يقتصر الحاكم على ظاهر
العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر في كتاب الشهادات فكان احد شطري الشهادة
عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ولا ريب ان المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم
على بعض الا محدودا في قذف ففي غير ظاهر الرواية ايضا لم يلزم عدم اعتبار احد شطري الشهادة فلم يدل ما
ذكره على اصحية ظاهر الرواية ويمكن ان يقال ليس مقصوده بيان اصحية ظاهر الرواية على اصل ابي حنيفة
في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم يعتبر شهادته
في القضاء عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المص في كتاب الشهادات والفتوى على
قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسي حيث قال
قال شمس الائمة السرخسي في اصوله وروى الحسن عن ابي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة
ظاهرا بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا
جوز ابو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان
اصح في زماننا فان الفسق غالب في اهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا يعتبر شهادته
في القضاء قبل ان يظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتاخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول
المص ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية اي ولا يقبل قوله في الديانات في ظاهر الرواية عن ابي ح ثم قال وجه
الظاهر انه لا بد من اعتبار احد شرطي الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقي اعتبار العدالة
انتهى فانه جعل ما ذكره وجها لاصحية ظاهر الرواية لا وجها لنفس ظاهر الرواية عن ابي ح فيرد عليه قطعا
ان حقيقة العدالة ليست باحد شرطي الشهادة عند ابي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عنده في قبول الشهادة
ولا يخفى ان ظاهر العدالة متحقق في المستور فما معنى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في الديانات في ظاهر الرواية
عنده فتدبر قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا اقول لا يخفى على ذي فطرة
سليمة ان ذكر الحر هنا خال عن الفائدة اذ لا يشتبه على احد قبول قول الحر في كل امر خطير اذا كان عدلا فكان
العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحر هنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين
بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة
لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى اقول قد زاد هذا الشارح

في الطنبور نغمة حيث لم يجد وما خرج في كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء في امور الدين كخبر الحر ولا شك ان كلمة هؤلاء
مرجع اسم الاشارة فتكون هنا اشارة الى الاشياء الثلثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيصير معنى كلام
الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في امور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فيدخل المشبه به في المشبه
ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها اي في الديانات قول العبد والحر والامة لان في امور الدين خبر
العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دابه في اكثر المواضع اقول في كلامهما
ايضا نوع محذور لانهما جعلا الحر مقيسا عليه او مشبها به وهو داخل ايضا في المدعى هنا فكان مما يلزم اثباته
ايضا هنا فكيف يتم ان يجعل مقيسا عليه او مشبها به لاحد قرينيه قبل ان يتبين حاله في نفسه فالتعليل التام الشامل
لكل ما ذكره المص بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب
فلا معنى للاحتياط بالاراقة اقول لقائل ان يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون
ان يصل حد التواتر كيف وقد صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين لان احتمال
الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا
غلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المص فيما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب
ان مراد المص باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به
شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة
عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال ما للكذب في العدالة
فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده انه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة
احتياطا مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق والمستور فان قلت اذا كان مفاد
خبر العدل هو الظن دون اليقين فما معنى قول المص في مقابلة ذلك واما التحري فمجرد ظن قلت
معناه انه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي
اقوى من الاول فافترقا قوله وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب
الدعوة فقد عصى ابا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة وان
حضرتها نائحة قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل
المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة واجيب بانها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على
تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح
اقول الجواب منظور فيه لانهم ان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب انها مثل الواجب في
الاحكام كما يفصح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب فهو مشكل
على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه

بان الواجب ما كان فعله اولى من تركه مع منع تركه والسنة ما كان فعله اولى من تركه بلا منع تركه وان تارك
الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور التسوية
في الاحكام وان ارادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تاكد سنتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السوال
اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت موكدة تاكدا تاما لظهور التفاوت
بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على ان صلوة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير ان يكون
اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السوال ايضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض
تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا يتم
القياس واجاب صاحب العناية عن السوال المذكور بوجه اخر حيث قال ويجوز ان يقال وجه التشبيه اقتران
العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى اقول ليس هذا بشيء لان تشبيه اجابة
الدعوة بصلوة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد
شيا فقهيا فيلزم ان يكون قول المص كصلوة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كلاما زايدا خارجا
عن صنعة الفقه وحاشاه ثم اقول يمكن ان يجاب عن ذلك السوال بوجه اخر وهو ان اجابة الدعوة وان
سنة عندنا ابتداء الا انها تنقلب الى الواجب بقاء اي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه
اجابتها كما اشار اليه المص فيما بعد فيصير هذا نظير الصلوة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام
اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما
سيجيء فيكون قوله كصلوة الجنازة واجبة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في المال فيندفع
الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا لان اجابة
الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلوة الجنازة يحضرها النياحة لانه ان اراد مطلق الدعوة
فلا نسلم ان اجابتها سنة وان اراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه
بعد الحضور لا قبله الى هنا كلامه وقصد بعض المتاخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة المسنونة
في قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب الدليل
لان فرض المسئلة في دعوة اقترنت بلهو وفيها لا يسن الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرفي المدعو
ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة اصلا واما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل قوله
فوجد ثمه يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء وبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا
يرد عليه ما قيل ان اراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة ان اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك
لما سيجيء ان الدعوة اذا كانت شيا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان اراد ان اجابة الدعوة على وجه
السنة كذلك فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء

اذا هجم

اذا هجم فتامل الى هنا كلامه ذلك البعض اقول لا يذهب على ذي فطانة ان هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء
وانتهاء اما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة
الدعوة انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة المدعو ابتداء انما يتصور بعدم
مجيئه الى محل الدعوة اصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة
انتهاء واجابتها انتهاء فرع مجيئها الى محل الدعوة اولا وليس فليست وانما الذي يتصور
وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة او غيرها فاجاب فذهب الى
محل الدعوة فوجد ثمه لعبا او غناء فلم يقعد ولم ياكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لا انتهاء
كما لا يخفى ومعرفتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى ولم يقدر على منعهم كما سيجيء
في الكتاب والعجب ان ذلك القايل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة
ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء واما عكسه وهو القسم الثالث هنا فلا يتصور
وقوعه انتهى فزعم ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدر ان تحقق انتهاء
الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى واما خلو كلامه عن التحصيل
انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء
لكن يلزمه انتهاء اذا هجم انه اختار كون المراد ان اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة
كان من متفرعات منع ذلك ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل الحضور
ان الدعوة قارنت شيا من البدعة لم يلزمه الاجابة اصلا كما سيجيء في الكتاب وقد ذكره ذلك القايل ايضا في
اثناء كلامه ويكفي لسند منع ان اجابة مطلق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق
الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليها انما يكون بان علم ذلك بعد الحضور وهو صورة اخرى غير الصورة الاولى
التي هي السند للمنع المذكور ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء
فكيف يكون ما ذكره وجها للاندفاع والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح
اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد ان اجابة الدعوة على وجه السنة سنة وبيان تمام
تقريب الدليل بان الدعوة على ثلثة اوجه الاول ان دعى الى وليمة او طعام ولم يكن ثمه شيء من
البدع اصلا والثاني ان دعى الى ذلك ولم يدرك حين الدعوة ان ثم شيا من البدع ولم يعلمه المدعو
قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى الى ذلك وذكر ان ثم شيا من البدع فعلمه المدعو قبل
الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فيكون الاجابة سنة وفي الوجه
الثالث لم يكن الدعوة على وجه السنة فلان الاجابة لا تلزمه للمدعو اصلا والمسئلة التي نحن
فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تامل تقف قوله

ثمه هنا الى الصوت فقط فلا وجه
لنقله لان الصوت وان لم يلزمه حق الدعوة
ع

اما في الوجه الاول فظاهر واما في الوجه
الثاني فلان الدعوة فيه لم تقترن بالبدعة حين
لم تذكر البدعة حين الدعوة ولم تعلم فظاهر انها
اقترنت بها الوليمة وذلك غير معلوم حين
الدعوة ولا شك ان الدعوة الغير المقترنة
بالبدعة دعوة على وجه السنة.
منه

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يقعد اقول لقائل ان يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور
وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول ان المعرف باللام اذا لم يكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في
قوله عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق
فتعم كل دعوة ولكن اجابته ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب
عن اقتراب تلك البدع بالاضرورة توفيقا بين النصوص مهما امكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد
الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المص فافترقا
قوله ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب لان محمدا رحمه الله اطلق اسم
اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر
من التعليل كاف في بيانه لا لان المسئلة على ان الملاهي كلها حرام وهو الصحيح المختار عندي ايضا وقد زاد جمهور
الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن
باطل الا في ثلث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وهذا
الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلث فكان باطلا انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان زيادة قولهم
بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص تدل على ان الدليل على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة
المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يؤت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو
حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير
حاصل التعليل ان محمدا لما اطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم ان اللعب الذي
هو اللهو حرام مطلق وهو جيد مفيد للمدعى واما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه
الثلث فكان باطلا ينافي قولهم في اول التعليل لان محمدا اطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير ان لا يكون
ما ذكره محمد في هاتيك المسئلة من هذه الثلث يلزم ان لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل ان يكون مقيدا بغير
هذه الثلث لا يقال مرادهم بالاطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلث لا بالنسبة الى كل
لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما اخذوا الاطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب
والغناء ولا يخفى ان قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه
وهو ما عدا الثلث المذكورة ثم اقول بقي شيء في اصل كلام المص وهو انه لو اعتبرت دلالة المسئلة
المذكورة على ان الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلث المستثناة في الحديث
ايضا ولم يقل بها احد اللهم الا ان يقال تلك الثلث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة
في الحديث صريحا ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال لا يقال الحيوة الدنيا لعب
ولهو لقوله عز وجل اعلموا انما الحيوة الدنيا لعب ولهو والحيوة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس

بعض اللهو

بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه
لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله انتهى كلامه اقول المراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا
القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة
لقسم الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته واشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على ان
الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول ينتج
الكلية كما لا يخفى فكانه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث او عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية
لا غير وقال بعض المتاخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي ههنا منتفية
انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح اذ الظاهر ان كلتي مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما
موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثالثة على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية
الاولى متقررة وادات سور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحيوة الدنيا وليست اداة سورها
بمنحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو اداة سورها كما صرحوا به ثم اقول
في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس
بحرام جيد واما قوله وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم فلا لان القياس المذكور انما ينتج ان بعض اللهو
واللعب وهو الحيوة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حدا اوسط في ذلك القياس هو الحيوة الدنيا فهي
المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج ان
بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لا ان بعضا اي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط
تاثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له خبرة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة
في القياس المذكور ان بعض اللهو واللعب الذي هو الحيوة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور
الثلث المستثناة في الحديث لان ما لا يحرم من امور الحيوة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على
ان ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لامكان ان يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي
ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحيوة الدنيا ايضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا
انما الحيوة الدنيا لعب ولهو ولكن الحيوة الدنيا ليست بحرام ينتج ان الملاهي كلها ليست بحرام
ولا شك ان الجواب المذكور لا يمشي حينئذ فالصواب في الجواب ان يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا انما
الحيوة الدنيا لعب ولهو انها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله اعلم انها كاللعب واللهو على طريق التشبيه
البليغ يعني انها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها كما صرح به في التفاسير فلا يلزم من عدم
حرمة الحيوة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو ايضا كما لا يخفى **قوله** وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان
الابتلاء بالمحرم يكون يعني ودل ايضا قول ابي حنيفة ابتليت على ان الملاهي كلها حرام لان الابتلاء

لان المراد الاوسط من قوله ليكون
مفهوما في الصغرى والكبرى
معا كما بين ... ح

لا يكون الا بالمحرم وقد اشار الى هذا التقرير بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله ما بالمحرم يكون اقول لقايل ان يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجد ثمة مسلم بناء على ان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم واما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوع كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة لا يكون كل الملاهي بل انما يكون شيئا معينا منها واعترض عليه صدر الشريعة بوجه اخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن ان يقال الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قال ابو حنيفة جاز ان يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به انتهى اقول ذكر ما قط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا انها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزام الاجابة بالحضور كما هو الشان في سائر النوافل من الصلوة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال ابو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما في صلوة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقد تقرر هنا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان ما جاز كون ابي حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشروح ان الصدر الشهيد روى كما هنا الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث ان مجرد الجلوس على اللهو فسق فانى يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شئ ذلك فتامل وقد افرح صاحب الاصلاح والايضاح ما اورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات تتميما في اول ايراده حيث قال بعد قوله هذا دل قوله على حرمة كل الملاهي لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلي بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر انه جلس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتاخرين تبعصب وتحريف وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فاتى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والجرح تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه **فصل في اللبس** قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطي لان الاحتياج الى اللبس اشد منه الى الوطي انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة اقصر اقول صدور هذا التوجيه منهما في غاية الاستبعاد فان مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكر فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات

مسائل الكراهية كما نرى والصواب في وجه الترتيب ان يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب اشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطي لان احتياج الانسان الى اللبس اكثر من احتياجه الى الوطي لتحقق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد اشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية **قوله** وانما حل للنساء بحديث اخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الخ لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزم ان يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين وههنا لو تاخر قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم متقدما قلنا قوله انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة يحتمل ان يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور امتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكان كالظاهر والنص راجح على الظاهر ونقول الدليل دل على ان مقتضى الحل للاناث متاخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا اية قاطعة على تاخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حلهن اما ان يكون قبل الاول فينسخ به او بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا او لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متاخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله من غير نكير وذلك اية قاطعة على تاخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه اقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى فانه اذا اراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان انهما يتعارضان فيتساقطان فليس بصحيح اذ المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كله في علم الاصول وان اراد بذلك انهما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لذكره في جانب السؤال ما قوله في الجواب الذي ذكره ايضا شئ وهو انه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات انه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء ايضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن ابي بكرة عن ابي داود عن شعبة قال اخبرني ابو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا ايها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الاخرة فقد ظهر ان بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله عنه انكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم ان يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله

صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتامل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى
الجزئيتين فمن اين العموم واجيب بان المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى اقول
في الجواب بحث وهو انه قد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على الاشارة والاشارة ترجح على دلالة
النص فعلى تقدير ان يكون غير الشخص المشار اليه في قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم ان يرجح
الحديث الدال عبارة او اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله انما يلبسه من لا خلاق له
في الاخرة على هذا الحديث في حق افادة دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا
الحديث للنساء فيلزم ان لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه في الحديث للنساء فضلا عن
اثبات العموم **قوله** ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره قال الشراح يعني الرجل والمرأة
جميعا بخلاف اللبس ومأخذهم الخلاصة فانه قال فيها والرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا
قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة اقول تعميم قول الامامين هنا للمرأة
ايضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حل لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر انه يعم التوسد
والنوم عليه ايضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما هنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث
المشهور الذي رواه جماعة من كبار الصحابة رضي الله تعالى عنهم **قوله** لهما العمومات قال صاحب النهاية وهي ما
ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة وما روي عن عمر رضي الله عنه انه استقبل
جيشا من الغزاة رجعوا بغنائمهم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم اعرض عنهم فقالوا لم اعرضت عنا قال
لاني رايت عليكم ثياب اهل النار انتهى واقتفى اثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات اقول
حمل العمومات على هذه المذكورات لا يكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام
هنا في توسده والنوم عليه والظاهر انهما ليسا بلبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا او نام عليه انه لبسه لا في
اللغة ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا ان يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة
الا انهما في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا ملحقين باللبس عندهما وكان مرادهما
بالعموم هو العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان
حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان اتكئ على جمر الغضا احب الي من ان اتكئ على مرفقة حرير وعن علي رضي
الله عنه انه اتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الاخرة انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية في هذا البيان
اقول هذا اشبه من الاول ولكن فيه ايضا شيء فان العموم في الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد
الحرمة فيه بشيء من اللبس والتوسد وغيرهما واما في الاخيرين فلا لان الثاني مخصوص بالاتكاء و
الثالث مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والافتراش فلم يظهر في شيء منهما العموم الا ان ينظر
في الثالث الى مجرد قوله هذا لهم في الدنيا ولنا في الاخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى

قوله

قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة قال بعض المتاخرين قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة
يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب ايضا لتحقق التعبير والضرورة اندفعت باباحة
الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على ان المحظور لا يستباح الا لضرورة فاذا امكن
اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل الى هنا كلامه
اقول ليس هذا بشيء فان جميع مقدماته مجروح اما قوله قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة
يوهم ان ما لحمته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب ايضا فلان ذلك الايهام انما يتصور ان لو تحققت
الضرورة في غير الحرب ايضا وليس فليس بمباح واما قوله لتحقق التعبير والضرورة اندفعت
باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه ان يقال
يجوز ان يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها لا للحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف
والمحظور لا يستباح الا لضرورة واما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل
فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل ان لو كان قوله فاذا امكن اندفاعها بالادنى منه
لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المص واما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة
السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي
ذكره المص كما لا يخفى فكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة اعني قوله والمحظور لا يستباح
الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك ان قوله والضرورة
اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الى آخره وقد
اعترف به ذلك البعض في شرح المقام ثم لا يذهب على الفطن ان الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة
فقوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى ان المحظور الشرعي لا يستباح الا
لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غيره فلا مجال
لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المص متقدمة في المعنى الا انه اخرها في الذكر لكون
مساس المقدمة الاولى بدليلهما العقلي اكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل اظهر فلا غبار في كلام
المص هنا اصلا فتامل ترشد **قوله** وما رواه محمول على المخلوط اقول فيه نظر لان ما رواه من ترخيص
النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يتضح في الديباج
في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح
جملة وجوه هذه المسئلة ثلثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب
بالاتفاق واما في الحرب فعند ابي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره
ولا باس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا

في كلامهم هذا بان الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه **قوله** ولان الثوب انما
يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان
الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى اخرهما واللحمة اخرهما انتهى **وقال** بعض المتاخرين
وقد يقال ولان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشيء اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى اخرهما وفي
اقول لا يخفى ان المص لم يعتبر في التعليل كون اللحمة اخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة
القائلة اذا تعلق وجود شيء بشيئين يضاف الى اخرهما وجودا فيكون كل ما ذكره دليلا مستقلا منقطعا
عن الاخر يرشدك اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة
او نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فيكون كالعلة ذات وجهين فيعتبر اخرهما وهو اللحمة انتهى ولكن
لا يخفى عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة ويتم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل
الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى كونه ثوبا الى
اخر الامرين وهو اللحمة وجعلت كما في الابلحة ثم الفرق بين ما ذكره المص وبين ما نقلناه من الدليلين
مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض **اقول** لم يصب
ذلك في رايه هنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة ان الدليل الذي ذكره المص لا يفيد المدعى
بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى اخرهما لان النسج انما يحصل
باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها فان النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كون
الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة لم يبق احتمال ان يكون هذا دليلا مستقلا دون تلك
المقدمة دليلا اخر فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المص بغيتهم ايماء اليه
بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى واصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المص
على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة اخر جزء من الثوب
ليس اعتبارا لعدمه وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز ان يكون بناء على ظهور اعتبارها
فيه او اعتمادا على تقررها في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما ينفيه فانه قال والنسج باللحمة
بدون القصر عليها فكانه قال وتمام النسج او اخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض انه مع
اعترافه ببطلان ما ذكر في كلام المص بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى الاخر الجزئين حيث قال لكن لا يخفى
عليك ان القول بان النسج يكون باللحمة ويتم بل هو باللحمة والسدى معا جعل ما ذكره المص دليلا مستقلا
بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ما ذكره المص في التعليل ح وشنع على الشراح المصلحين
كلامه بعد الفرق بين ما ذكره المص وغيره وما غره الا عبارة الزيلعي ولم ينظر ولم يلتفت الى ما وقع
في كلام فحول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل

المذكور

المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت
اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه ايضا قال في تقريب ذلك لان الثوب انما
يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتاتى باللحمة اخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة
من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه ايضا جمع كما نقلناه ذلك البعض ثم انه يجوز ان
يكون مراد الزيلعي بقوله او نقول الى اخره تقرير ذلك الدليل بعبارة اخرى من غير تعرض لقيد النسج
لا ذكر دليل اخر مستقل مغاير للاول في المعنى والمال يرشد اليه انه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي
تظهر في المنظر فيكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث اعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة
الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله او نقول الى اخره ايراد دليل اخر مستقل لاعاد اللام بالنفسة
فيه ايضا فتبصر **قوله** ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه **اقول**
لمانع ان يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما بعد بانه ادنى منه قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال
ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى
ان الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه ان مقصود المص بقوله لانه في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة
للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكورها انتهى وقد
تقرر في علم الاصول ان شرط دلالة النص ان يكون المسكوت عنه اولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق او
مساويا له فيه ولا يجوز ان يكون ادنى منه وليس الامر في الفضة كذلك لما عرفت **قوله** ومن الناس من اطلق
في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر **اقول** الاستدلال على
عدم حرمة التختم باليشب بانه ليس بحجر مما لا حاصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف
كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر بل ورد في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود
من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نقل الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق
فانه روى ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في
الكافي وغيره فكان التشبث بكونه حجرا اظهر نفعا في اثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه
حجرا وعن هذا قال الامام قاضي خان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم
بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح انه لا باس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه تختم بالعقيق انتهى كلامه **قوله** والتختم بالذهب على الرجال حرام
قال بعض المتاخرين هذا تصريح بما علم من قوله الا بالخاتم ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى **اقول**
ليس ذلك بسديد لان معنى قوله الا بالخاتم الا انه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثناء من قوله
ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفي اثبات بلا ريب وما ذكره هنا حرمة

التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم في التخالف بين نفي جواز الشيء
واثباته ضروري ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف
من الفضة على القول بان مفهوم المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تامل **فصل**

في الوطئ والنظر والمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل ان ما
يتعلق منها بالوطئ انما هي مسئلة جواز العزل عن امته بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة الا باذنها وان
تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطئ نفسه قد ذكرت
في آخر هذا الفصل فالمناسب ان يؤخر ذكر الوطئ في عنوان الفصل ايضا فيقال فصل في النظر والمس والوطئ
على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك ان يبدل الوطئ بالعزل في التعبير بعد التأخير
ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى المراة
ونظر المراة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المراة الى المراة والقسم الاول منها على اربعة اقسام ايضا
نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى امة
الغير فبدأ في الكتاب باول الاقسام من القسم الاول كما ترى **قوله** قال علي وابن عباس رضي الله عنهم
ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف اقول الظاهر ان المقصود من نقل قول
علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز ان ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفيها بقولهما في
تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسير اقوال الائمة الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شيء منها سوى قولهما
لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح ايضا اذ الظاهر ان موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم
هو الاصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال
على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفيها منها ما روي ان امراة عرضت
نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها فلم ير فيها رغبة ومنها ما روي ان اسماء بنت ابي بكر دخلت
على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فاعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا اسماء
ان المراة اذا بلغت المحيض لم يصلح ان يرى منها الا هذا وهذا واشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روي ان
فاطمة رضي الله عنها لما ناولت احد ابنيها بلالا او انسا قال رايت كفها كانها فلقة قمر اي قطعة فدل
على انه لا باس بالنظر الى وجه المراة وكفها **قوله** وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا
لا تشتهى فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة قال بعض المتاخرين يريد ان حرمة
مس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا باس بمسها انتهى اقول
ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم الباس بمس وجه المراة
الاجنبية وان كانت عجوزا وانما المذكور ههنا وفي سائر الكتب عدم الباس بمس كفها اذا كانت عجوزا والدليل

ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب كما ذكر في المحيط وغيره وما
روي عن ابي بكر وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم كما ذكر في الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف
الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون ان تذكر في الكتب نقلا عن الائمة
والمشايخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة واجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل
في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة قلت
المراد امراة تدعو النفس الى شهوتها اما اذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا انتهى كلامه
واقتفى اثره صاحب الكفاية اقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا
يامن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح
به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور ههنا لان الظاهر ان تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة تشتهى
يدل على ذلك عطفها على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك ان الشابة المشتهاة مما تدعو النفس الى شهوتها
فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا في مقابلة النص وهو لا يجوز
كما عرف في علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بان يامن على نفسه وعليها فلا تحقق دعوتها النفس
الى شهوتها في تلك الصورة قلت ان لم تتحقق دعوتها النفس الى شهوتها بالفعل في تلك الصورة فمن شانها
ذلك في كل حال والظاهر ان المراد بالمراة المذكورة في النص المزبور هي المراة الصالحة لان تدعو النفس الى
شهوتها لا التي تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم ان لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المراة الاجنبية
الشابة اذا امن على نفسه وعليها تامل تفهم **قوله** وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها قال
بعض المتاخرين اشتراط امنه عليها محل تامل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليها انتهى اقول
يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية او بالتجربة في نظائرها فجاز اشتراط امنه عليها ايضا بناء على ذلك **قوله**
فان كان لا يامن عليها لا يحل مصافحتها قال بعض المتاخرين تخصيص عدم امنه بكونه عليها غير ظاهر ايضا فان
جعلنا الضمير في عليها للنفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى اقول الضمير في عليها للمراة ووجه تخصيص
عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها
عبارة فانه اذا لم يحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعريضها للغير للفتنة فلان لا يحل مصافحتها
عند عدم الامن على نفسه اولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه **قوله** ويجوز للقاضي اذا اراد ان
يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق
الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة قال بعض المتاخرين وقد ينتقض ذلك باباحة النظر الى العورة
الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالي ههنا اشكال وهو ان شهود الزنا كما صرح في
الكتب بين حسبتين اقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد به عنده

لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس الا في السرقة ولهذا يجب ان يشهد بالمال
فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التوبة شيء اصلا
لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكر بعض شراح الهداية في كتاب الحدود
من ان هذا يعني كون الستر افضل يجب ان يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به واما اذا وصل الحال الى
اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به اولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء
الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر حال الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به
واشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الاخر للاخلاء وهو الحد بخلاف
من زل مرة او مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى قوله ـــــ ما ذكره
بعض شراح الهداية في كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا
وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما سواها فان الستر فيما افضل بلا شبهة مع ان النظر
مع العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك ايضا فكيف يدفع بذلك الاشكال فلم يتم قوله ثم دفعته
بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم اقول ـــــ في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر
الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققتان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسبتين
وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة
عند الزنا وان لم يتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن الهتك فمن اراد
ان ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ يكفي في اباحة ذلك
الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة
المطلقتين اي من كل وجه ولا على ان لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة اخرى افضل منها الا يرى ان من اراد
ان يتزوج امراة فلا باس له بان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها بناء على ان مقصوده اقامة السنة
لا قضاء الشهوة كما تبين في الكتاب مع ان الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما تحققتان في تلك السنة
لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان فوق تلك السنة ما هو افضل منها من الواجبات
بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بحذافيره قوله ـــــ وينظر الرجل من الرجل الى
جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته قال صاحب الغاية هذا هو القسم الثاني من اصل التقسيم اقول ليس الامر
كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر الى التقسيم في صدر هذا الفصل قوله ـــــ وبهذا
ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي قال صاحب النهاية وابو عصمة هو
سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة احد حدي العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال
وقوله والشافعي بالعطف على ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين

احدهما

احدهما ما ذكرنا من تعليل ابي عصمة في اثبات ان السرة عورة بقوله انها احد حدي العورة فتكون عورة
كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بان الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة
والثاني ان الشافعي علل في اثبات ان الركبة ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من
العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في المحدود وهذا تنصيص منه على ان السرة ليست بعورة انتهى
ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على ابي عصمة غير مستقيم على قول من يقول الركبة عورة
وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز
ان يكون مذهبهما واحدا والماخذ متعدد وانما المذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك
وهو ان السرة محل الاشتهاء انتهى قوله ـــــ قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور
وجهين وقد نقل صاحب العناية احد ذينك الوجهين واجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الاخر اصلا فكانه
لم يظفر بالجواب عنه فيبقى الاشكال في العطف الواقع في كلام المص من ذلك الوجه ولا بد من دفعه فاقول
في الجواب القاطع لعرق الاشكال ان في السرة والركبة ثلث روايات عن الشافعي احديها ان السرة
عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المص ههنا وفي كتاب الصلوة ايضا والثانية انهما ليسا
بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة انهما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الاخيرتين وقال
الاولى منهما وهذا اصح الوجهين واذ قد تقرر هذا فنقول يجوز ان يكون تعليل الشافعي في اثبات ان الركبة
ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله في الرواية الثانية
وهذا لا ينافي اشتراكه مع ابي عصمة في قوله الاخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي ايضا اشتراكه
معه في تعليله بقوله انها احد حدي العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف
المذكور اصلا تامل تقف قوله ـــــ وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة هذا
جواب عن قول ابي عصمة والشافعي اخرجه احمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن
عون عن عمير بن اسحق قال كنت امشي مع الحسن بن علي رضي الله عنهما في بعض طرق المدينة فلقينا
ابو هريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فداك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله
عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح
العيني بعد بيان هذا المحل بهذا القول وفي معجم الطبراني خلاف هذا حدثنا ابو مسلم الكجي حدثنا
ابو عاصم عن ابن عون عن عمير بن اسحق ان ابا هريرة لقي الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع
ثوبك حتى اقبل حيث رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته
انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان
الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى اقول

كان ذكر البعض خبط في استخراج ما ادعاه الطبراني في معجمه حيث حسبان معنى قوله ووضع يده على سرته ووضع ابو
هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه نفي المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعني ان وضع
ابي هريرة يده على سرة الحسن مسه لها وهو لا ينافي تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه ايضا كلام الشلبي
يعني لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو ان لا يكون السرة من العورة
بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها اولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع ابو هريرة يده على
سرة الحسن ولم ينكر الحسن ثبت ان السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له ادنى تميز ان معنى قوله ووضع يده
على سرته وضع الحسن يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية
الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الاخر او فعله
او ترك العاطف والسلوك مسلك الاستيناف كما في قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية
الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن
عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني
التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده
منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم
باحد الطرفين قوله وما يباح للرجل النظر من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء اقول
لقائل ان يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقد مر ان وجه الاجنبية وكفيها ليست بعورة حيث يجوز للرجل
ان ينظر اليها اذا امن الشهوة ولكن لا يجوز له ان يمسها وان امن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيها ويمكن
ان يقال المراد انهما سواء فيه ما لم يرد النص على خلافه لكن كما في الصورة المزبورة فان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة فاذكر ههنا من حديث الاستواء مقتضى القياس
وما هو موجب النص فلا تنافي بينهما تدبر قوله ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا
امنت الشهوة قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم
الذي نحن فيه اقول ليس الامر كذلك في الظاهر فان الظاهر ان المراد بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبل هذه
المسئلة اعني قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبتيه فانه الصالح لان يعنون بالذي نحن فيه
ولا يذهب عليك ان هذا الذي ذكر ههنا ليس بعكس ذاك وانما هو عكس القسم الاول المذكور في صدر الفصل
ويحتمل ان يكون مراده بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الاول المذكور في صدر الفصل بناء على ان المص لما لم يستوف
بعد اقسام ذكر القسم الاول بل ادخل في خلالها الاقسام الثلثة الاخر من اصل التقسيم كما تحيط به
خبرا لم يكن فارغا عن باب ذكر القسم بالكلية بل كان في عهدته الان بيان ما بقي منه فبهذا الاعتبار جاز ان يعبر
عنه الشارح المزبور بالقسم الذي نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتاخرين

طعن في تحرير هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثاني كان اولى اقول ليس هذا بشيء اذ لا يخفى على ذي
مسكة ان المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من افراده وان كان غير معين فالاولى ان
يعرف الرجل في الموضعين معا تعريف الجنس لا ان ينكر الثاني ولا الاول تامل تفهم قوله وتنظر المرأة
من المرأة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل قال صاحب العناية هذا هو القسم الثالث من اصل التقسيم اقول
بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على احد من اولي النهى ولم ادر كيف خفي على مثله ذلك والعجب انه قد ابتلى
بمثله فيما مر كما عرفته واعترضنا عليه ولعل حكمة زلاته في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الخلق بالمص حيث قال فيما بعد
والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المص ظاهر فصدر من نفسه ما هو اشد قبحا منه قوله وعن ابي حنيفة ان نظر
المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر
الى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سياتي
انتهى اقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مختل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر في القول
الاول لان الفخذ ليس مما يجوز ان ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد منه ههنا بيان ما يمتاز به القول
الثاني عن القول الاول وهو ان لا تنظر الى ظهرها وبطنها ايضا فذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه
في القول الاول قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك وامراتك قال في الكافي
بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث ابي هريرة رضي الله عنه وقالت عائشة رضي الله عنها كنت اغتسل انا
ورسول الله من اناء واحد وكنت اقول بق لي بق لي وهو يقول بقي لي بقي لي ولو لم يكن النظر مباحا لما
تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيني تزييفا للاستدلال على المدعى ههنا
بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد ان ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا الاثر لانه لم يلزم
ان يكونا اغتسلا معا بل يجوز ان يكونا اغتسلا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلمنا فلا يدل ذلك
على ان كلا منهما كان ينظر فرج الاخر كيف وقد روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت قبض رسول
الله صلى الله عليه وسلم ولم ير مني ولم ار منه انتهى اقول ليس شيء من كلام المنع والتسليم بصحيح اما الاول
فلان قولها رضي الله عنها وكنت اقول بق لي بق لي وهو يقول بقي لي بقي لي يدل قطعا على ان يكون اغتسالهما
معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تبقية الماء من الاخر اذ المباشر اولا هو المتقدم
في التبقية وظيفته لا وظيفة الاخر فلا معنى لطلبها من الاخر واما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر
الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك ان تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد
سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي
صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منها تأدبا
على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عائشة اصلا قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه

الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها اقول كان
الاولى ان لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز ان ينظر الرجل من الرجل مطلقا اى وان كان ذا رحم
محرم منه الى ما بين سرته الى ركبته علم عدم جواز ان ينظر الرجل من المراة وان كانت من ذوات محارمه الى ما بين
سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ ومن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذا المقام
لذكر شيء مما بين السرة والركبة حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس
شيئا من ذلك انتهى وظهر منه ايضا ان ذكر الجنب احق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ
في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فح كان الانسب ان يقال بدل وفخذها الى ما
بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة
والركبة منها ومسها انتهى فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك
الدلالة في افادة حرمة النظر الى ما عداه ايضا مما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فح كان الاحق الاكتفاء
بذكر الركبة فان حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة كما تقرر فيما مر فبذكر
الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها اخف منه في حرمة النظر واما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوءة ايضا
دلالة بالاولوية لكونهما اقوى منها في حرمة النظر ثم ان بعض المتاخرين قصد حل بعض عبارات هذه المسئلة فقال
واصل التركيب ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق
المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجيء وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم
استعماله فيه لا يلائم تفسيره بما سيجيء فتامل الى هنا كلامه اقول فيه خلل اما اولا فلانه لو كان اصل
التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على ان المحارم صفة الذوات فحذف الرحم واضيفت الذوات الى المحارم
بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بنسب اذ الرحم لا يتصور في غير النسب فلا مجال
لان يكون النكتة في حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب اذ النكتة
في العبارة لا تصلح ان تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين ان يكون معنى التركيب
المذكور ذوات الرحم المحارم وبين ان تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى واما ثانيا فلان قوله
وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائم تفسيره بما سيجيء في حيز المنع
اما الاول فلانه قال في المغرب والمحرم الحرام والحرمة ايضا وقال في البدائع النساء في هذا الباب سبع
انواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة
والخالة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع
منهن ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة انتهى ولا يخفى على الفطن ان المحرم المذكور
في مواضع متعددة انما يصلح منه ان يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والباقي منه بمعنى الحرمة

لاغير

لا غير كما في قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك
بالتامل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاضيخان ولا باس للرجل ان ينظر من امه وابنته واخته البالغة
وكل ذوات رحم محرم منه كالجدات واولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها وصدرها وراسها وثديها وعنقها
وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى ان يجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع
او مصاهرة كزوجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن واولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المراة المدخول بها
فان لم يكن دخل بها فهي كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن ان المحرم المذكور في قوله وكذا الى كل ذات محرم
برضاع او مصاهرة بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام اى صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة
الحرمة نفسها فلا معنى لاضافة الذات اليه واما الثاني فلانه انما لا يلائم تفسيره بما سيجيء لو كان مراد المص
بما سيجيء تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه واما اذا كان مراده بذلك
تفسير المحرم بمعنى الحرام الماخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لا من قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملائمة كما لا يخفى
والظاهر ان مراد المص هو الثاني ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال واما النظر الى ذوات
محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال ذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن
بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت او بالسبب كالرضاع
والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المص المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور
وهو قولهم ذوات محارمه انه اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده يجوز ان يكون اصله ذوات
الرحم المحارم على ان يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز ان يكون معناه ذوات
الحرمات على ان يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة واما اذا اريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب او سبب كما
في مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني قوله والاصل فيه
قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه اى
في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على تاويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الاية وتبعه الشارح
العيني اقول فيه نظر لان الاية المذكورة انما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل
على عدم جواز ما لم يجز وانما يدل عليه آية اخرى وهي قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم كما افصح عنه صاحب
البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى
قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية فبقي غض البصر عما وراءها مامورا به واذا لم يحل النظر فالمس اولى لانه
اقوى انتهى وآية الظهار كما اشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل ان ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى
جنبها ولا يمس شيئا من ذلك والوجه فيه ان الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرا من القول وزورا وصورة الظهار

ان يقول الرجل لامرأته انت كظهر امي ولولا ان ظهرها محرم عليه نظرا ومسا لما سمى الظهار منكرا من
القول وزورا وانما ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتامل قوله ولان البعض يدخل
على البعض من غير استيذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع
ادى الى الحرج قال بعض المتاخرين وتقريب هذا الدليل واضح لان قوله يدخل على بعض من غير استيذان يشكل
بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير انه اذا كان من محارمه فلا يدخل عليه من غير استيذانه
فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهها ذلك ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه اقول
مراد المص بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استيذان ان العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم
على بعضهم من غير استيذان لا انه امر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في امر الدخول
في بيت الغير فانه قال واما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما ان يكون اجنبيا او من محارمه فان كان
اجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استيذان ايضا وان كان يحل له
النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا ان الامر في الاستيذان على المحارم اسهل واليسر
لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه ان الدخول في بيت الاجنبي من غير
استيذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استيذان مكروه ويكفي في التادي الى الحرج جريان
العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استيذان وان كان ذلك مما لا يمدح في حكم
الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال قوله والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد
بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه يعني بالمعنيين الضرورة وقلة
الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت
فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المؤمن بيتا محرمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام و
استيذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع
ذكره خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستيذان ولهذا
يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى اثره العيني في ذكر هذا السوال والجواب
بعينهما اقول ليس الجواب بتام اما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند
البعض وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السوال على قول
ابي حنيفة ومحمد وعلى قول ابي يوسف ايضا في رواية اخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع
في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قال المص
يتوجه السوال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة
ولا بد فيه من عدم القطع عنده كما لا يخفى واما قوله واما جواز الدخول من غير استيذان فممنوع فبما يدل ذلك

بما ذكره

بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فلان انه لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستيذان
لم يصح قول المص لوجود المعنيين فيه فان وجود احد ذينك المعنيين فيه يتوقف على ان يكون له الدخول
من غير حشمة واستيذان كما تحققته ومبنى السوال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل
فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع اذا سرق المؤمن بيتا محرمه من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب
في حكم المحرم بنسب ان يصار الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث قال واما النوع الرابع وهو ذوات
المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب وروي ان افلح استاذن ان يدخل على عائشة رضي الله عنها فابت فسالت رسول الله
عن ذلك فقال عليه السلام ليلج عليكم فانه عمك ارضعتك امراة اخيه انتهى وقال في المبسوط
بعدما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والمحرمة بالرضاع وكذلك المحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى
سوى بينهما بقوله فجعله نسبا وصهرا قوله وقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها
بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما اقول لقائل ان يقول كون المراد
اذا لم يكن محرما ليس باجلى من اصل المسئلة لجواز ان يكون المراد اذا لم يكن زوجا فبهذا الاحتمال
كيف يثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فيجوز ان يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد
من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا قوله والخصي في النظر الى
الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله قال الشارح
العيني ههنا ايرادان على المص الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وانما اخرجه ابن ابي شيبة
في مصنفه عن ابن عباس رضي الله عنهما قال حدثنا اسباط بن محمد بن فضيل عن مطرف عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثلة
ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله واخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثلة
ذكره في كتاب الحج الثاني ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون الخصاء مثلة لا يدل على ان نظر الخصي الى الاجنبية
كالفحل الى هنا كلامه اقول كل من ايراديه ساقط اما الاول فلان حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة
رضي الله عنها عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد او بطريق الارسال وقد
روى ذلك عن عائشة رضي الله عنها في عامة كتب اصحابنا بطريق الارسال وتقرر في علم الاصول ان مرسل الصحابي مقبول
بالاجماع ومرسل القرن الثاني والثالث وان لم يقبل عند الشافعي بدون ان يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل
سعيد بن المسيب الا انه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هولاء
يقبل عند بعض اصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رضي الله عنها ان كان من مراسيل القرن الثاني
او الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو ايضا مقبول على القول
المختار من اصحابنا واما الثاني فلان قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات

في عامة المعتبرات فدلالة اثر عائشة رضي الله عنها على المدعى اظهر من ان يخفى تم قوله ولكن بقي شيء وهو انه قد ذكر
في اصول الفقهاء ان قول الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه وانما يوجب التقليد فيما لا يدرك
بالقياس لانه لا وجه له الا السماع والكذب والثاني منتف فتعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان القول
بالرأي منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر ان ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه
بالدليل العقلي الذي هو القياس على ما تقرر في كتب الاصول حيث قالوا ولانه فحل بجامع ولم يعلم اتفاق سائر
الصحابة على قول عائشة المذكور ههنا فيلزم ان لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به قوله وكذا المجبوب
لانه يسحق وينزل قال بعض المتاخرين ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها اي بفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير
المفعول كما ظنه العيني حيث قال المني بعد قوله وينزل انتهى قوله الصواب ما قاله العيني لانه لو كان معنى
ينزل ههنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدي منزلة اللازم للقصد الى نفس الفعل كما في نحو فلان
يعطي اي يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر في المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح ههنا
اذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزال البول ونحوه وليس ذلك
علة لحرمة النظر الى الاجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المني فلا بد من تعيين مفعول ينزل ههنا بالمني
حتى يتم المطلوب قوله والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه اي يؤخذ في كل واحد منها كذا في
شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء اي في المخنث الذي في اعضائه لين وتكسر باصل الخلقة
ولا يشتهي النساء على سبيل الاستخدام انتهى قوله الحق ما قاله تاج الشريعة اما اولا فلانه يصح
ان يؤخذ في كل واحد من الاصناف الثلثة المارة اعني الخصي والمجبوب والمخنث بمحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو
قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية فما معنى
تخصيص ذلك بالثالث وحده ومع امكان حمله على الثلثة جميعا ومقصود المص من كلامه ههنا بيان دليل الحكم
في جميع ما ذكره اولا جامع للصور الثلث معا كما ترى واما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال التفصيل
سابقا فيكون ما ذكر في حيزها تلخيصا لذلك التفصيل وهذا انما يتصور ههنا اذا كان كلام المص ههنا ناظرا الى
مجموع الصور الثلث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما الوارد بالضمير المجرور في قوله يؤخذ فيه المخنث
بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما
قبلها اصلا كما لا يخفى على ذي فطنة قوله قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها
في الاناث دون الذكور قال صاحب النهاية اطلق اسم السعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين
على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال
اراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما اطلق السعيد ليتناول السعيدين سعيد
بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ ان يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد

انتهى

انتهى قوله نظر فاسد قطعا اذ الظاهر ان مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين
هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك ان المشترك يتناول معانيه
على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشترك يستغرق لمعانيه
على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول
في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وغيره ثم ان عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح العيني بعد نقل كلام
هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم اما وروده فلانه لم يستعمل احد
من السلف لفظ سعيد من غير نسبة واراد به سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واما انه تعليله غير مستقيم فلانه
ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لما وضع لمعان انتهى قوله كلا دليليه
ليس بشيء اما الاول فلانه لا شك ان العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير فعدم
استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير على تقدير صحته
ليس لعدم صحة الاطلاق بل لزيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المص تناول لفظ سعيد
ههنا للسعيدين كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزم ترك النسبة وصح الاطلاق واما الثاني فلان
لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر امره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا
وقوله لان الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيئا لان المراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فيتحقق
في العلم المشترك ايضا بلا ريب وان اراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك
بمعتبرة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد اي شيء كان ذلك المتعدد والموضوع
له والامر في العلم المشترك كذلك فانه لا يتناول مسمياته بوضع واحد بل لكل واحد منها وضع مستقل
كما عرف في موضعه ثم ان صاحب العناية علل كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون
بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم فلو دخلوا في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن لزم التعارض انتهى
اقول ليس ذلك بصحيح اما اولا فلانه ينتقض بخطاب الاناث ايضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات
يغضضن من ابصارهن فان مقتضى ما ذكره ان لا تدخل الاماء ايضا في قوله عز وجل او ما ملكت ايمانهن
بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن مع ان دخول
الاماء فيه مجمع عليه واما ثانيا فلان اللازم من كون الذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين
يغضوا من ابصارهم دخولهم في جانب الغاضين من ابصارهم لا في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي
منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من ابصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا
بعضا من ابصارهم وهو غير معين فكانت تلك الاية مجملة في حق من منع النظر اليه فلو دخل الذكور من
المماليك في قوله تعالى او ما ملكت ايمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين اصلا وانما يلزم ان تكون احدى

الآيتين مبينة لما في الآية الاخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن متقرر على كل حال فان قوله تعالى او ما ملكت
ايمانهن على تقدير ان لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا وكذا نظايره من قوله ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او
آبائهن او آباء بعولتهن او ابنائهن او ابناء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينات للاجمال الواقع في الآية
الاخرى كما لا يخفى على من يدقق النظر ويحقق **قوله** ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناه في النكاح
يعني قوله واذا تزوج امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها
قال في البدائع وجه قولهما ان لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز التنقيص
بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول ابي حنيفة ان الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق
والحق هنا في الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فنعم لكن حقها في اصل قضاء الشهوة
لا في وصف الكمال الا يرى انه من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل
هذا على ان حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى واورد عليه بعض المتاخرين بعد نقله حيث
قال اقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها
في العزل لا فيه انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي ان لا يكون لها حق
الخصومة اذ لا شك ان حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها الا يرى ان للزوجة حق الخصومة
في الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين ان الوجه في ان لا يكون لها حق الخصومة فيمن
لا ماء له وهو يجامعها من غير انزال كون حقها في اصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فكذا في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره

قال الشارح اخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد
والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت اين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم
ذلك بطريق الدلالة او الاشارة فانه يتضمن اللمس والنهي عن المس نهي عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل
انتهى اقول لا السؤال شيء ولا الجواب الاول فلانه ما قالوا ان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد
الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال باين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم ان
الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فاخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق
بالوطء المطلق وكيف يتوهم ان يكون مرادهم ان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق
وانتفاء المقيد لا يستلزم المطلق كما لا يخفى فانى يتصور ان يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد
الاحتراز عن الوطء المطلق واما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح ان يقال
الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على ان المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية
واما الثاني فلانه بناء على ان يكون المراد ان الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت
ما فيه وايضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطء لان النهي عن المس اذا كان نهيا عن الوطء كان العنونة

بالمس عنوانا بالوطء ايضا فكان ينبغي ان لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالا لا كما لم يذكر فيه النهي عن
الوطء استقلالا ثم اقول الظاهر ان مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما في مسئلة العزل
المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل ان يطأ الرجل فاذا قرب الانزال اخرج فينزل خارج الفرج فان
مرادهم بالوطء المطلق هنا ما قيد بزمان فان الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفي العزل
مطلق عنه وان المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق ايضا ما في ضمن تلك المسئلة كما نبهت عليه
في صدر ذلك الفصل **قوله** ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى
فرجها بشهوة حتى يستبرئها اقول في اطلاق هذه المسئلة نظر فان من اشترى جارية كانت
تحت نكاحه او كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعدما اشتراها ذلك المشتري وقبضها او كانت معتدة
الغير فانقضت عدتها بعدما اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما
ذكروا في حيلة الاستبراء مع ان كلام ههنا يتناول الصور اخلة في اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب
تقييدها بما يخرج تلك الصور **قوله** لانه هو الموجود في مورد النص قال بعض الفضلاء في الحصر كلام
فان السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر ان التملك في صورة البيع والهبة
والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المتملك ح انتهى اقول
كلامه ساقط اذ لا شك ان مراد المصنف حصر ما يصلح للسببية في مورد النص في استحداث الملك واليد فالمعنى
لان ما هو استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية
ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضي ان يكون السبب فيه هو استحداث الملك
واليد من غير مدخل فيه للسبي كما لا يخفى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبيان علة الحقيقية
وما يكون دليلا عليها على ان تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبي في السببية باوضح الوجوه
حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لا كونها مستحدثة لانا نقول الاضافة لا مدخل لها في العلة لانه لو اعتبر
ذلك لانسد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رقبة ويدا وهو المعنى كما ذكر في الكتاب
انتهى ثم ان قوله ذلك القائل فان الظاهر ان التملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة
لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المتملك ح ممنوع ايضا فان علة الاستبراء هي ارادة الوطء الى المشتري
هو الذي يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما تبين في الكتاب فمن اين كان التملك
قبل مباشرة السبب ظاهر ولئن سلم كونه ظاهرا بالنظر الى ما هو اللائق بحال المسلم من صيانة ذلك
لا ينافي وجوب الاستبراء على المتملك بناء على توهم شغل الرحم بماء محترم فان مجرد توهمه كاف في وجوبه كما سيظهر من
البيان الآتي في الكتاب **قوله** وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط
والانساب عن الاشتباه اورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه انهم يكرهون العزل عن الولد

الواحد منها يعني لعدم امكان الاختلاط بينهما على ما مر في باب التدبير والاستيلاد فكيف يتوهمها حكمة الاستبراء
على جوازه انتهى اقول ليس هنا شيء اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قولهم صيانة للمياه المحترمة عن
الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو ان لا يتبين ان الولد من ماء اي الفحلين يشتبه
اليه قول المص والانساب عن الاشتباه وينفع عند قول صاحب الكافي في تعليلا الاختلاط اذ لو وطئها قبل
ان يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدري انه منه او من غيره انتهى والذي يكون انما هو الاختلاط الحكمي
الاختلاط حقيقيا فلا تنافي بين الكلامين في المقامين قوله وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء
محترم وهو ان يكون الولد ثابت النسب لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان في مرجع ضمير هو في قوله وهو ان يكون
الولد ثابت النسب نوع اشتباه ومن هذا قد افترقت اراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو ان
يكون الولد ثابت النسب اي المراد من توهم الشغل بماء محترم هو ان يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره
انتهى اقول فيه خلل فان تفسير المذكور يشعر بارجاعه ضمير هو الى توهم الشغل بماء محترم وليس بحسن
لان الامر في حقيقة الشغل بماء محترم ايضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على انه لم يذكر ما يصح حمل قوله ان
يكون الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك
اذ لا اشكال ان توهم الشغل بماء محترم ليس نفس ان يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطاة تامل
وقال بعض الفضلاء قوله وهو ان يكون الولد ثابت النسب اي الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب ومعناه
الجار مع ان واذ قياس انتهى اقول فيه ايضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى
عن ان يكون مرجعا للضمير هو هنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لافادة الوطء نظرا الى علته او بعرف
براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يدع المشتري نسب الولد الذي
جاءت به المشتراة بعد ان استبراها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراشها الا ضعيفا على ما عرف في محله
فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتامل واقول في حل المقام ان ضمير هو هنا
راجع الى ماء محترم مذكور قبيله الجار منكلا ان كما هو القياس على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب
انما يتحقق بان تكون الامة من قبل في ملك الغير نكاحا او يمينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم
وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها لانه اخرج الكلام مخرج الغالب في
الشرع لان وضع الشرع ان لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه
حيث قال في بيان ماء محترم بان لا يكون من زنى وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم
كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتاخرين في توجيه
التقييد بماء محترم مسلكا آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من نفي لما سبق في كتاب النكاح
ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله

اولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطؤها لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل
وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل على ان عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماءه زرع غيره
كما مر في كتاب النكاح الى هنا كلامه اقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق في كتاب النكاح ان
نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى هنا لان جواز نكاح المزنية وجواز
وطئها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذي سبق في كتاب
النكاح هو انه اذا راى امراة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز
النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه انه لا خلاف في
وجوب الاستبراء في الشراء مطلقا وانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المزنية والكلام هنا في الشراء ونحوه
من التملكات فلا يتم التقريب اصلا والثاني ان قوله فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله
اولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان يجوز الوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء في باب
تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مملوكة وان كان مراده انه اذا جاز وطؤها بلا استبراء
في صورة النكاح مع ان تحقق الزنا فجوازه مع احتماله اولى في تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث
ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله
لشغل محتمل انما يتم ان لو كان الاحترام في قول المص بماء محترم قيدا لتوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل
وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المص ان يكون قيدا للمجموع وقد افصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال
في شرح قول المص وهو ان يكون الولد ثابت النسب وهو اي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة او توهما
ان يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب انتهى فاذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها
مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها ايضا والرابع ان قوله على ان عدم جواز وطئها ليس
لاحترام الماء بل لئلا يسقي ماءه زرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له هنا فان مدار النقض المذكور على
عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا ايضا مع عدم احترام الماء فيها
فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع
النقض بل يؤيده كما لا يخفى قوله عبارة الارادة امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من
الوطء قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه اراده ورد عليه بعض الفضلاء حيث
قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع ايضا عن الوطء ودواعيه فقال ولعل الاولى ان يقول فان الظاهر
ان المتمكن منه يريد والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو التمكن الشرعي انتهى اقول في كل من ايراده
وما اختاره ليس بتام اما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوعا ايضا عن الوطء ودواعيه ممنوع فان غيا

صحيح المزاج عاجز عن الوطء والمنع عن الشيء انما يكون عند القدرة عليه الا يرى انه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات ومن هنا قال تاج الشريعة في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطء والنهي انما يستقيم عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لانه هو المتملك لا على البائع لانه معرض انتهى واما الثاني فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعي والظاهر ان التمكن الشرعي مما هو محرم شرعا غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعا ولا شك ان علة الاستبراء متقدمة عليه فلا بد ان يكون دليلها ايضا متقدما عليه والمعروض انه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعي دون التمكن الطبيعي لزم ان يتمكن منه المحرم الشرعي تمكنا شرعيا وهو ظاهر المحذور فتأمل قوله وكذا يجب اذا اشتراها من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية واجاب بحيث قال يرد عليه ان الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة فان كانت الامة بكرا او مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي ان لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن في هذه الانواع والجواب انه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة فان السبايا لا تخلو من ان تكون فيها بكر او مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تأيد ذلك بالاجماع الى هنا كلامه واجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه اخر فقال ان توهم الشغل ثابت في البكر وفي المشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه اما في الاولى فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة واما في الثانية فلما ذكر في الكافي من ان المعتبر التوهم سواء كان من المالك او من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاما بل على الحكمة بانها لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلكما الرد هنا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على ان وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكم لتلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع هنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها انتهى اقول ليس هذا بشيء فان شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة فمنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء لطلبه لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه

فقوله فحاصله ان الحكم عام لتلك الانواع هنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا فان مآل الاعتراض بعدم صلاحية ما عده اساطين الفقهاء حكمة في هذه المسئلة لان يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم اقول بقي شيء اخر في جواب صدر الشريعة وهو ان قوله فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر اسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها ومن شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل معدولا به عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فلا يتيسر اثبات الحكم في سائر اسباب الملك بطريق القياس فالوجه ان يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر قوله ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهو السبي الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها واجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين احدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني ان ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية امران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم يجمع بالثاني فليحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاخوة لا له حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدم الدليل هنا ان حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه لم يقل بها الشافعي واكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر وهنا كان في غيرها امران تعاضدا اعتبرت الى هنا لفظ العناية اقول في قوله فلما كان علتها في المسبية امرا واحدا لم تعتبر نظر فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوجدها لا تنافي اعتبارها ولا يمنع العمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل عن احد ان العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل ترى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة اولى والظاهر ان الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام او لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك ان كلمة او تدل على استقلال كل واحدة من العلتين وكذا اكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظهار والاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة كما سيجيء في الكتاب هنا وقد اورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن ان يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد ان يكون للاحق لا له حكم لدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى ان كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى اقول ليس هذا بمستقيم اما اولا فلان المنع ولقيه المجيب فانه قال جاء بمنع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور في النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغيير كما عرف في علم الاصول والاسناد بانها يجوز ان تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير في هذا الطريق فقد منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد اداب المناظرة واما ثانيا فلان منع كون التعدية

[illegible]

فيما نحن فيه من قبيل الدلالة لا من دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر في اصول الفقه ان من شرط القياس ان لا يكون حكم الاصل
معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر ان حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقق المطلق للاجتماع
فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد اشار اليه هنا بقوله كما تقدم فالوجه للمنع المذكور بعد
ذلك ثم ان لذلك البعض في هذا المقام كلمات اخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها رعاية
للاختصار **قوله** بخلاف المشتراة على ما بينا قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله ولان
المشتراة اصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني اقول هذا خبط ظاهر اذ لا فرق بين المسبية والمشتراة
في كون الرغبة في كل واحدة منهما اصدق الرغبات فكيف يصح ان يشير المصنف في بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق بينهما
فيه اصلا وانما الصواب ان قوله على ما بينا اشارة الى قوله ولا احتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوى
البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها لا تحتمل وقوعها في ملك الغير لان الظاهر
حبل لا يقبل دعوة الحربي **قوله** والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة
الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى اقول قد سهى الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي رواه
المصنف فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع ان لفظه الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى
حتى يستبرئن بحيضة وكان هذا اظهر من ان يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فالله خير حافظا **قوله**
والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها قال بعض المتأخرين اطلق المصنف
ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضي خان في فتاواه
في تصوير المسئلة اذا اراد ان يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم تكن في
نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما شرط تسليم
الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد انه يتحقق ح سبب
وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له بخلاف ما لو سلمها
قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التزوج وان عرض كونه قبضا بحكم الشراء الى هنا كلام ذلك
البعض اقول فيه خلل اما اولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء
لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضي خان في فتاواه وليس بتام فان ما ذكره الامام قاضي خان
انما هو قول بعض المشايخ ومختار نفسه واما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون
القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني فان لم تكن تحت المشتري حرة
فلاسقاط الاستبراء حيلة اخرى وهي ان يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها
فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهي في فراشه وقيام
الفراش له عليها دليل شرعي على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك

اطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء واما ثانيا فلان قوله يريد انه يتحقق ح سبب وجوب
الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له ليس بسديد لان حدوث
الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا له لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء الا
يرى الى قول المصنف فيما بعد لان عند وجوب السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها
حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك فكان الصواب ان يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد
ان لم يكن فرجها حلالا له بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم ان صاحب الكافي
سلك طريقة المصنف ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تاخير التسليم تنصيصا
على عدم الاشتراط بل وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في الصورتين معا فقال والحيلة ان
لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لان بالنكاح
ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعي على تيقن فراغ رحمها
من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالا له بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لا نسلم
عدم تجدده بملك اليمين فانها وان كانت حلالا له بالنكاح الا ان زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء
خال عن الحل اما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله واما عن الحل الحاصل بملك اليمين
فلانه يستعقب الشراء فان المشتري لما لم يفرغ عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له
الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف
الاخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يتعاقب سلمنا ان نوع الحل مستمر ولا يوجد
زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو اثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء
لانا نمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد ان لم تكن حلالا له بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه
كلامه لكنه بعد محل نظر اذ لقائل ان يقول الشراء سبب الملك وحل الوطي حكمه وحكم الشيء يتعقبه فزمان
وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء بتقدم التسليم والا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه اصلا
تامل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض اقول ما اورده في خاتمة كلامه ليس بشيء فانه ان اراد
بقوله وحكم الشيء يتعقبه انه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان اراد به انه يتعقبه ذاتا اي يتوقف عليه
فهو مسلم ولكن لا يلزم منه ان يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا بالجملة نعم تاخر حكم الشيء
عن الشيء زمانا ممنوع ولزوم تاخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه
خلو زمان عن الحل مطلقا فيما نحن فيه حتى يجب الاستبراء **قوله** لان الحيض يتقدر بشطر عمرها قال صاحب
النهاية اي يقرب من شطر عمرها وهو عشرة ايام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر
انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية اي قريب شطر عمرها وهو الثلث والمراد

البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه لم يشير الى ان الشطر هو النصف
ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على ان اكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى اقول نظره
ساقط جدا فان الحديث الذي استدل به الشافعي علينا هو قوله عليه السلام في نقصان دين المراة تقعد احداهن
شطر عمرها لا تصوم ولا تصلي ووجه استدلاله ان المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان اكثر مدة
الحيض خمسة عشر يوما وقال الشارح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقته لان
في عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض في شيء من ذلك فعرفنا ان المراد به ما يقارب الشطر
واذا قدرنا بالعشرة بهذه الاثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر منه ان ذلك لانه اذا كان
الشطر هو النصف كما اشار اليه صاحب النهاية ههنا ونص عليه الجوهري في صحاحه والمطرزي في المغرب لا يتقوى
استدلال الشافعي علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله علينا اصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك
على حقيقته لعدم مساعدة عمر المراة لها كما بينوا بل لابد وان يحمل على المجاز بان يكون المراد به ما يقارب الشطر
كما ذكروا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية ههنا ايضا فكان صاحب العناية لنسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتاخرين
قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به ههنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب
النهاية ولهذا اوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة ايام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهو نصف الشهر
فكانه زعم ان الشطر لا يجيء الا بمعنى النصف انتهى كلامه اقول ليس هذا بسديد لان مجيء الشطر بمعنى
البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشيء وجزؤه منه حديث الاسراء فوضع شطرها
اي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعي في ان يكون الشطر حقيقة في معنى البعض ايضا فان اكثر كتب
اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض ايضا فليس معنى البعض
بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض في بعض عمرها لا يقتضي الحرج في المنع عن الدواعي ايضا حال الحيض وانما
الذي يقتضي الحرج في ذلك تحقق الحيض في نصف عمرها او في قريب عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضي الى
الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة المص ههنا على النصف واوله بالقريب من النصف بناء على
مذهبنا في اكثر مدة الحيض **قوله** واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق
قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم قال تاج
الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع وامكن ههنا بان يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح وقوله او ما ملكت
ايمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد ههنا وهو قطيعة الرحم فيثبت
الحكم ههنا ايضا ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص اجماعا فان امته واخته من الرضاع والامة المجوسية
حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني
اقول فكل من وجهي الجواب نظر اما في الوجه الاول فلان حاصله انه على تقدير ان يحمل قوله وان تجمعوا على النكاح

يثبت

يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين ايضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه ايضا وهو قطيعة الرحم
لكنه ليس بتام اذ قد تقرر في اصول الفقه ان عبارة النص واشارته تترجحان على دلالة النص عند التعارض
والظاهر ان افادة عموم قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطئا بالعبارة ولا
اقل من ان تكون بالاشارة فيلزم ان تترجح بها دلالة الاية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطئا على مقتضى قاعدة
الاصول واما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض
فصار ظنيا لتمكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح ان يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم
للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام ايضا اذ قد تقرر ايضا في اصول الفقه ان العام الذي خص منه البعض
انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا واما اذا كان مفصولا متاخرا فالخاص اذ ذاك يكون ناسخا
للعام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر ان مخصص الام
والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي
بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتامل **قوله**
وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره قال صاحب العناية قوله
فينتظم التمليك بسائر اسبابه اي اسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة
والهبة والصدقة انتهى اقول في بعض تمثيلاته خطاء وهو الوصية والميراث والكتابة
اما في الوصية والميراث فلان تملك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث
فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك في قوله فان لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة
ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح فان شيئا من المجامعة والمس
والنظر لا يتصور بعد الممات على ان نقل التمليك ايضا على حقيقته غير متصور في الارث واما
في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتاق كما سيصرح به المص بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا
فكانت من فروع قوله او يعتقها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك اذ المراد بالملك
هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله او نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غيره ملك اليمين بالكتابة
كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعا **قوله** وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء
بذلك كله قال صاحب العناية كلمة كذا في قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العيني
بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة انتهى اقول هذا كلام عجيب اذ لا شك
ان مراد صاحب العناية ان كلمة كذا ههنا زائدة اي مستدركة لا انها زائدة كزيادة بعض الحروف
لتحسين اللفظ كما توهمه العيني حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا في كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد
صاحب العناية الداخل لا التوجيه فما ذكره العيني لغو محض ثم اقول يمكن توجيه عبارة المص

قال الجوهري في صحاحه [illegible] ... انتهى

ليس هذا بسديد ... صاحب النهاية [illegible]

بعانه فعج بالاستدراك في كلمة كذا وهو ان مراد المص وكذا اى وكون اعتاق البعض من احديهما كاعتاق
الكل الكتابة كالاعتاق اى كاعتاق الكل في بصير المقصود من كلمة كذا هنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود
من كلمة كذا في قوله وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها هو التشبيه ايضا بما قبله فكانه قال وايضا
الكتابة كالاعتاق في هذا والغرض من التشبيه التشريك في تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطئ
بذلك كله قوله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه
اقول كان الظاهر في التعليل هنا ان يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطئ فان مجرد عدم خروجها
عن ملكه لا يقتضى ان لا يحل له الاخرى الا يرى انها لا تخرج عن ملكه بالكتابة ايضا كما تقرر في كتاب المكاتب
وصرح به الشراح هنا ايضا فيما قبل مع انه اذا كاتب احديهما تحل له الاخرى كما مر آنفا وحمل الملك في قوله
لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطئ كما فعله بعض المتاخرين تعسف لا يخفى اذ المستعمل في اللغة والعرف ملك الوطئ
لا ملك الوطئ وانما يعرف ملك اليمين وملك النكاح قوله ولهما ما روى انه عليه السلام نهى عن المكامعة
وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر
لانه قال في ديوان الادب وغيره كامع امراته ضاجعها وكاعم المراة قبلها وقال في الفائق نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما الى
هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا
يضاجع احد غيره الا والغالب انه يعانقه انتهى اقول ليس هذا بشئ مفيد لان كون المضاجع
هو المعانق غالبا ممنوع ولئن سلم ذلك فلا يلزم منه ان تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب وانما الذي يلزم
منه ان تتلازم المكامعة والمعانقة في الغالب ولا شك ان احد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة
والبنوة فكيف يصح تفسير احديهما بالاخرى ولئن سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا
لان المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة اخص من المضاجعة
فلم يصح تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية
انما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتاخرين وفسرها المص بالمعانقة مع ان
المكامعة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كامع امراته ضاجعها بناء على ان الكلام في المعانقة
والظاهر ان ما نهى من المضاجع هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على
ذلك الوجه على ان المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة في القاموس كامعه
ضاجعه في ثوب واحد الى هنا كلامه وكذا البعض في شرحه وقال في الحاشية فيرد على صاحب الغاية اقول
كل من مقدمات كلامه مجروح اما قوله بناء على ان الكلام في المعانقة تعليلا لتفسير المص المكامعة بالمعانقة
فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل

بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا لمدعاه واما قوله والظاهر ان ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل
المعانقة فممنوع اذ لم يقل احد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث بل المنقول
قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته
اياه لا ستر بينهما انتهى وقال الجوهري في الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التي نهي عنها في الحديث ان يضاجع
الرجل الرجل لا ستر بينهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة اى عن ملاثمة الرجل الرجل
ومضاجعته اياه في ثوب واحد لا ستر بينهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن ابي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد و
غيرهما وهكذا حكاه الازهري والجوهري انتهى واما قوله لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع
ايضا اذ لا شك ان شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا ستر بينهما ليست باقل من شناعة مجرد المعانقة
ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل
كونه حقيقة في نفس المضاجعة واما قوله على ان المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة
واستشهاده عليه بما في القاموس فليس بمفيد اصلا لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة الا ان معناها ليس
عين معنى المعانقة ولا مساويا له في التحقق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف
يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن اين يحصل الرد عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمري
ان مفاسد قلة التامل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان فالله تعالى المستعان

فصل في البيع

قال الشراح اخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطئ لان اثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان
وهذا لا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم انتهى اقول كان المناسب لسياق كلامهم ان يقولوا وما كان متصلا
كان احق بالتقديم الا انهم قالوا وما كان اكثر اتصالا كان احق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تاخير هذا الفصل
وجه تاخير الفصول السابقة بعضها عن بعض ايضا لان ما هو المتقدم منها اكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتاخر كما
يظهر بالتامل الصادق قوله وهذا اذا كان ثقة قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة
يناقض قوله على اى وصف كان اجيب بان معنى قوله ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا للجواز ان لا
يكذب الفاسق لمروته ولوجاهته انتهى واقتفى اثره العيني وقد سبقهما الى اخذ هذا السوال والجواب تاج الشريعة
وصاحب الكفاية حيث قالا وتاويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على اى وصف كان يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان
كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروته انتهى اقول لا السوال شئ ولا الجواب
اما الاول فلان المص لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق
فلا تناقض ما ذكره هنا قوله فيما قبل على اى وصف كان نعم قد تشبث بقوله وان اكبر رايه انه كاذب لم يسعه ان يتعرض لشئ
من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على اى وصف كان
عموم الاجمال لا عموم الجزئيات وكلامه هنا تفصيل لما اجمله فيما قبل ولا بعد في ان يفيد التفصيل ما لا يفيد الاجمال

واما الثاني فلانه لو كان معنى قول المص ثقة في قوله واذا كان ثقة ان يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء
الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق اذ يصح
معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شان من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور ان يكون اكبر راي السامع انه
صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على عدم لزوم الاعتماد
على كلامه اذ المعروف في الجلاب المذكور جواز كون الفاسق ايضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه اعم من العدل ولا شك
ان عدم لزوم الاخص لشيء لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب ان مراد المص بقوله اذا كان عدلا وبقوله
وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على اي وصف كان اصلا كما
حققته آنفا ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ماذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان
المخبر عدلا وان كان المخبر غير ثقة او كان لا يدري انه ثقة او غير ثقة يريد به ان المخبر اذا كان فاسقا او مستورا
نظر فيه فان كان اكبر رايه انه صادق في اخر كلامه فانه ذكر عدلا مع ثقة وفسر غير ثقة في قول محمد وان كان
المخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري انه ثقة او غير ثقة بالمستور حيث قال يريد بان المخبر اذا كان فاسقا
او مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشائخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم المعتبرة لا يشتبه عليه ان
المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون كل واحد من لفظي العدل والثقة موضع الاخر
وكذا الحال في غير العدل وغير الثقة وقال بعض المتاخرين في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول
على اي وصف كان يعني عدلا كان او غير عدل صبيا كان او بالغا حرا كان او عبدا مسلما كان او كافرا رجلا كان او امراة
لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز ان يعتمد على قوله اذا كان وجيها في الناس ذا مروة
لانه لا يميل الى حطام الدنيا لوجاهته ولا يكذب لمروته فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه قوله على اي
وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثاني اعم ولو سلم فلا منافاة ايضا
لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وتكلف صاحبها بيعها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات
فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة الا ان قبوله يكون مع ضميمة التحري
الموافق اليه هنا كلامه اقول فيه فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه
ينافي قول المص وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته
والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المص هذا
اذا كان ثقة انما يكون تصريحا باشتراط كونه ثقة ان لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا اذا كان غير ثقة ولما
قال وكذا اذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة لا يخفى والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة
ايضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المنافاة بين عدم اشتراط العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة
ايضا ولا شك ان تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين

اللهم

اللهم الا ان يكون قوله ولو سلم ناظرا الى قوله لان الثاني اعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم
اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني من الاول فلا منافاة ايضا والرابع ان قوله لان
الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتياعها بمجرد قوله وتكلف صاحبها لا الى قبول الواحد في المعاملات
ظاهر البطلان لان المص وغيره علقوا كونه في سعة من ان يبتاعها ويطأها بكون قول الواحد في المعاملات
مقبولا على اي وصف كان فلو كان الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول
بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل ايضا اذا لم يكن
ثقة كما صرح به بقوله وكذا اذا كان غير ثقة يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة
من ابتياعها بمجرد قوله وتكلف صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك ان قول المص وكذا اذا كان
غير ثقة عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولا ريب ان محل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو
ما اشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا يقبل قول
الواحد اذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول الواحد اذا كان
ثقة على ان يكون لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس ان اعترافه هنا
بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غير ثقة ايضا وبكون قول المص وكذا اذا كان غير ثقة صريحا في ذلك
يناقض قوله في صدر كلامه وقول الواحد مقبول على اي وصف كان ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه
وبالجملة ماذكره ذلك البعض في هذا المقام برمته خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب
قوله وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رايه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر
قلت تعليله بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل
وبالثقة العدل كما نبهنا عليه من قبل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير
الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ما مر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان اكبر
الراي انه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم
كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو ان المتحصل مما ذكره ههنا
هو ان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولكن لا بد في قبول قوله اذا كان غير عدل من ان يكون
اكبر راي السامع انه صادق وقد مر في اوائل كتاب الكراهية انهم فرقوا بين المعاملات والديانات
بانه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان
اكبر راي السامع انه صادق فكان ماذكره ههنا مخالفا لما مر هناك لان ما اعتبر هناك في الديانات دون
المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات ايضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر
اجمال ماذكرناه واجاب عنه حيث قال يرد على المص انه اذا كان قبول خبر متوقفا على حصول اكبر الراي

لا يبقى فرق بين المعاملات وبين الديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات ايضا باكبر الراي على ما
وجوابه ان خبر الفاسق انما يقبل في الديانات باكبر الراي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث
لا يشترط التحري فتامل انتهى قوله جوابه ليس بشئ فان اكبر الراي لا يمكن ان يتحقق بدون التحري
اذ التحري طلب ما هو احرى الامرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة فما لم يطلب ذلك ولم يتوجه
اليه كيف يتصور حصول اكبر الراي فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط اكبر الراي فيه
وانما اعتبار اكبر الراي اعتبار التحري بعينه ومن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط
البرهاني بلفظ التحري بدل اكبر الراي حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا يثبت
اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فان وقع تحريه على انه صادق حل له الشراء منه وان
وقع تحريه على انه كاذب لا يحل له ان يشتريها منه وان لم يكن له راي بقي ما كان على ما كان كما في الديانات
انتهى قوله الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره ايضا ومن هذا قال المحقق
التفتازاني في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع ان كتابة اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام
التحري وفي موضع اخر انه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع
الصغير وقال في التوجيه فقيل يجوز ان يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره في الجامع
الصغير فيشترط التحري ويجوز ان يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز ان يكون في
المسئلة روايتان انتهى ذكرته فيما مر في اوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح
ان المختار عندي من بينها هو التوجيه الثاني لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات
اذ لا رخصة في الديانات بدون التحري والآن ايضا اقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين
في هذا الكتاب وغيره قوله لان اكبر الراي يقام مقام اليقين قال صاحب العناية يعني فيما هو اعظم من هذا
كالفروج والدماء الا يرى ان من تزوج امراة فادخلها عليه انسان واخبره انها امراته وسعه ان يطاها
اذا كان ثقة عنده او كان اكبر رايه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل
ان يقتله اذا كان اكبر رايه انه لص قصد قتله واخذ ماله وان كان اكبر رايه انه هارب من لص لم يعجل بذلك انتهى
ورد عليه بعض المتاخرين حيث قال قوله لان اكبر الراي يقام مقام اليقين اي في كثير من الاحكام حتى يجب به شئ
كالتوجه الى جهة التحري ويحرم به شئ كالصلوة اذا توضا بماء اخبر بنجاسته غير ثقة واكبر رايه انه صادق فيجعل
اكبر الراي دليلا شرعيا ايضا فيما نحن فيه بل فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء وقال في الحاشية ومن قال
في تفسير قوله يقام مقام اليقين يعني فيما هو اعظم منه كالفروج والدماء فقد سها انتهى اقول نسبة السهو
في تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك في تفسيره المذكور مسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية
كما في قوله تعالى ولا تقل لهما اف فان فيه النهي عن الضرب ايضا بالاولوية وليت شعري ماذا يقول ذلك القائل

في شان الامام الرباني محمد رحمه الله تعالى فانه ايضا قال في الاصل في هذا المقام واكبر الراي يجوز للعمل فيما هو اكبر من هذا
كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امراة فادخلها عليه انسان واخبره انها امراته الى اخره كما نقل عنه في النهاية و
الكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى انه ايضا مثل ما قاله صاحب العناية في كونه من مسلك الدلالة بالاولوية بل ذلك
ماخذ ما قاله صاحب العناية ومن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور
وهو الدماء والفروج جاز العمل باكبر الراي عند الحاجة مع ان الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك اولى
انتهى قوله لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل
خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه اخر فيه يوجب عدم القبول وهو ان الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت
للغير لا يبطل بخبر الواحد واجيب بان ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس بدليل موجب
بل باستصحاب الحال وخبر الواحد اقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير من الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر
هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيهما
اذا لم يتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا اخبر واحد بحل طعام فيؤكل او حرمته فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافي الملك واما اذا
تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة كما اذا اخبر عدل للزوجين انهما ارتضعا فلا اثر لان الحرمة الموجبة
لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه اقول بحثه ساقط جدا لان الذي
تقرر في فصل الاكل والشرب هو ان خبر الواحد العدل يقبل في باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن زوال الملك واما
اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على ان بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه انه اذا
تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل واما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل
فنشاء الاعتراض هنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر هناك فاجيب عنه بان المراد من زوال الملك هناك زوال الملك
الثابت بدليل موجب لا زواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد اقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب
مجرد دافع لا مثبت اصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور هنا تفصيلا للاجمال الواقع هناك في الكلام
فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى قوله وان كان لا يعرف انه من اهل الفتنة لا باس به لانه
يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال بعض المتاخرين قوله لانه يحتمل ان لا يستعمله
في الفتنة ولو احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى
اقول ليس هذا الشرح بصحيح لان كون احتمال ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا
بكونه من اهل الفتنة ممنوع كيف وامور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية
وغيره في تعليل هذه المسئلة ففي حق من لم يكن معروفا بكونه من اهل الفتنة ان لم يكن احتمال ان لا يستعمله
في الفتنة اقوى وارجح فلا اقل من ان يكون مساويا لاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ولو كان احتمال
ان لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال ان يستعمله في الفتنة قويا راجحا فينبغي ان يكون بيع السلاح

[illegible]

من شك في ايام الفتنة مكروها وجواب المسئلة على خلافه وبالجملة لا وجه للشرح المذكور اصلا **قوله** ولان الاجارة
ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه
فقطع نسبته عنه اقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل ابي حنيفة في هذه المسئلة بمسائل متعددة
مذكورة في الذخيرة والمحيط وفي فتاوى قاضي خان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شيء منها فمن احدها
انه اذا استاجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استاجرها
ليصلي فيها وصلوة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه واي ذلكما اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو
طاعة او معصية لا تجوز انتهى ومنها انه اذا استاجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلي فيه المكتوبة او النافلة
فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علمائنا وعند الشافعي تجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم
الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا ان الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استاجر
رجلا للاذان او الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استاجر ذمي
من ذمي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلوتهم طاعة عندهم معصية عندنا واي ذلك كان لم يجز الاجارة
انتهى ولا يخفى ان التعليل المذكور في الكتاب من قبل ابي ح في مسئلتنا يقتضي ان لا تبطل الاجارة في تلك المسائل
ايضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليست بطاعة ولا معصية
وانما الطاعة والمعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن الموجر فينبغي ان تصح الاجارة
فيها ايضا عنده مع ان الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا انه
لجعل منفعته حين العقد لاجل الطاعة او المعصية تاثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه ايضا
والحاصل ان الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتامل ثم انه ذكر في الذخيرة
والمحيط اذا استاجر الذمي من المسلم دارا ليسكنها فلا باس بذلك لان الاجارة وقعت على امر مباح فجازت وان
شرب فيها الخمر او عبد فيها الصليب او ادخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يواجرها لها انما آجر
للسكنى فكان بمنزلة ما لو آجر دارا من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصي فيها ولو اتخذ فيها بيعة او كنيسة
او بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام واراد بهذا اذا استاجرها الذمي ليسكنها ثم
اراد بعد ذلك ان يتخذ كنيسة او بيعة فيها فاما اذا استاجرها في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز الى
هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتاخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المص
من التنافي اقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز ان يكون مراد شيخ الاسلام فاما اذا استاجرها
في الابتداء ليتخذها بيعة او كنيسة لا يجوز على قول ابي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لكونه مختار نفسه قولهما فلا
يلزم التنافي بينهما ان لو قال لا يجوز عند ابي ح وقال لا يجوز عندهم جميعا وليس فليس وذكر احد القولين في المسئلة
الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات وعن هذا ترى كثيرا من اصحاب المتون يذكرون قول ابي حنيفة

في كتب

في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون
مراد شيخ الاسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بانه لا باس عند ابي ح
ان تواجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع الخمر فيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الاسلام
ان يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المص صريح في ان اجارة البيت ليباع فيه
الخمر مع كونه معصية انما صحت عند ابي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها
لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كشرب لان خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء فيما بينهما ايضا
من التنافي انتهى اقول كون كلام المص صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز ان يكون قول المص وانما المعصية
بفعل المستاجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب فان في المسئلة المذكورة صور ايجار البيت
لان يتخذ فيه بيت نار وايجاره لان يتخذ فيه كنيسة وايجاره لان يتخذ فيه بيعة وايجاره لان يباع
فيه الخمر ولا شك ان اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية الذمي ايضا لكون
الكفار مخاطبين بالايمان بلا خلاف واتخاذ تلك الامور ينافي الايمان فكانت معصية قطعا وان لم يكن
بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز ان يكون الصور الثلث الاولى
مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المص وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه فكانه
قال وانما المعصية في صور اتخاذ المعصية بفعل المستاجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن الموجر واما في
غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالامر هين فلا يتحقق التنافي بينه وبين ما صرح به صاحب المحيط
كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المص على كون بيع الخمر ايضا معصية للذمي فلا ضير فيه لان في نزول خطاب التحريم في حق
الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرفت في اصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون
بالشرائع ام لا فيجوز ان يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبنى كلام المص على القول الثاني ولكل وجهة هو
موليها **قوله** وقالا لا باس ببيع ارضها وهو رواية عن ابي ح لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار
كالبناء قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على ان عقار مكة يقبل
التمليك والتملك انتهى وتفصيل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرها ما روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى اسامة
بن زيد انه قال يا رسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور وكان عقيل
ورث ابا طالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من اجل
ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر ففي هذا الحديث ما يدل على ان ارض مكة تملك وتورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب
ما تركه ابو طالب فيها من رباع ودور انتهى ثم ان بعض المتاخرين بعد ان ذكر ما في الكافي واصل المزبور على التعليل المذكور
قال ولا يخفى عليك ان هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضي
الجامع هذا الحديث ايضا لو كانت الاراضي والابنية عليها مملوكة انتهى اقول بل لا يخفى على من له ادنى تمييز ان الجمع

المذكور يدل على ميراث الارض ايضا قطعا اذ قد ذكر فيه انه عليه الصلوة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من رباع
او دور والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك ان كلا من
الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعرصة التي هي الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا
عقيل من رباع او دور ما ترك لنا شيئا من البناء والارض واذا كان وجه عدم تركه شيئا من ذلك استيلاءه على كل
من ذلك بالارث من ابي طالب كما ذكره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض ايضا وانما لا
يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل لا مجال اصلا لان يكون كذلك
اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول اسامة يا رسول الله انزل في دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتا باستيلائه على الابنية
وحدها لا يقتضي عدم تركه ارضا حتى لا يمكن النزول في عرصة داره ايضا وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض والعجب
انه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى
وقال في اصل كتابه ولا يخفى عليك ان هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون
الاراضي ولم يلاحظ ذلك على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباع او دور
والله الهادي الى سواء السبيل وهو حسبي ونعم الوكيل. مسائل متفرقة قوله ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه
من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلوة
وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه اقول هذا سهو ظاهر من الشارحين المذكورين لان المص انما ذكره
في آخر باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها من كتاب الصلوة في فصل قوله ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء بتطهيره كيلا
بالنظر الى المحل قوله للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا قال صاحب النتائج
الشريعة وجه دلالة الآية على مدعى الشافعي تخصيص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فيدل على ان النهي عن الدخول خاص في
لان انما لحصر الحكم في الشيء او لحصر الشيء في الحكم كقولنا انما الطبيب زيد وانما زيد طبيب انتهى اقول ان قوله
لان انما لحصر الحكم في الشيء او لحصر الشيء في الحكم ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف في ان الكفار هل يجوز لهم ان يدخلوا
المسجد الحرام ام لا لا في انهم نجس ام لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتأثير الحصر الذي تفيده كلمة انما انما هو في الجملة التي دخلت عليها كلمة
انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب قوله ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه
عنها والجنب يجنب المسجد اقول لا يذهب عليك ان هذا الدليل لو تم لدل على ان لا يدخل الكافر شيئا من
المساجد ومذهب الشافعي انه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان
مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى قوله ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد قال بعض المتأخرين
ظاهره ان هذا دليل آخر ولا وجه له لتحقق التغيير بحذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع ان يقال كيف انزل في
مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم انجاسا انتهى اقول ليس ذلك بشيء اذ لا شك في صحة ان يكون هذا دليلا

في فصل القراءة من الصلوة ... انما ذكره ...

آخر عقلي لنا فان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس لا محالة فقول
ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على اصل المدعى لا ينافي ان يتضمن الجواب عن ان يقال
كيف انزل النبي عليه السلام وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكي انه عليه السلام انزلهم
في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم انجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من انجاسهم شيء وانما انجاسهم
على انفسهم ومن عادة المصنف ان يجعل كثيرا ما علة النقض دليلا مستقلا عقليا على اصل المسئلة افادة للفائدة بين معا وانحى
فيا ايضا من ذلك القبيل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام
بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فاجاب المص عنه بقوله والآية محمولة على الحضور
استيلاء الخ قوله ويكره استخدام الخصيان قال العيني والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه
بعض المتأخرين اقول ما ذكراه ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعتبرات من كتب اللغة ان جمع خصي هو خصيان
بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية انتهى واما كون الخصيان
بالضم جمع خصي فلم يسمع من ائمة اللغة قطعا قوله وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث
والله تعالى بجميع صفاته قديم قال بعض المتأخرين يرد عليه ان حدوث تعلق صفته تعالى بشيء حادث لا يوجب
حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة له تعالى ازلا وابدا وعدم تعلقه بالعرش
الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما ان عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب
الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته او نقصانا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر للصفات لا مبادئ لها فالاولى
في تقرير الدليل ان يقال كما قال صاحب الكافي لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث وصفته القديمة حيث
جعل المزعوم كون عزه حادثا داخلا في حيز الايهام فتأمل الى هنا كلامه اقول ان صاحب الكافي وان جعل لزوم
كون عزه حادثا داخلا في حيز الايهام الا انه علل ايهام ان عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهم
تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال
موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي ايضا المزعوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين
ما قاله المص في مورد ما ذكره ذلك القائل فلا معنى لقوله فالاولى في تقرير الدليل ان يقال كما قاله
صاحب الكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فكون علة قوله وان عزه حادث تعلقه
بالمحدث ظاهر وان لم يصرح به اذ لا شيء يصلح لان يكون علة له سواه ومن هنا ترى كل من تبين وجه
الكراهة في الدعاء المذكور من شراح الهداية جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط واما باللفظ الاول
فلانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال
فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء فانه يكره ايضا لانه
يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به

انتهى الغيرة لكن عبارات المشايخ العظام في هذا المقام تمام اقول في الجواب عما اورده ذلك البعض الظاهر ان ما ذهبوا اليه ههنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث اذ قد تقرر في علم اصول الدين ان تعلق المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم الى حائزة الوجود بحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والمحذور انما هو في التعلقات دون اصل الصفات ولا نقصان في ذلك اصلا بل هو الكمال المحض لا يخفى فكذا الحال في عزه تعالى وانما مرادهم بما ذهبوا اليه ايهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو ان يكون ذلك المحدث مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما يوهم كلمة من في قولنا بمعقد العز من عرشك اذ الظاهر المتبادر منها في بادي الراي ان تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك ان التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى اصلا وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة انه لا ينبغي ان يخفى على اساطين الفقهاء ما تقرر في علم اصول الدين من جواز تعلق صفات الله تعالى بالمحدثات تعلق افاضة الا يرى ان المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضة منه فهو المهروب عن ايهامه فيما نحن فيه بلا ريب

قوله قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له قال في النهاية اعلم ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج عند يعولها ولها اب فوهب لها انها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت ان عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد اقتفى اثره سائر الشراح ايضا على ان عدم الاب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعلل ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من ان الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها اب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير ان صاحب الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية وغيره عدا مما ذكروه من عند انفسهم **اقول** قول الكل ليس بصحيح عندي اذ الثابت مما ذكر في كتاب الهبة انما هو ان عدم الاب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لا ان عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة والصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما صرح في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هولاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع

حضرة الاب لا ضرورة انتهى تامل ترشد وقال بعض المتاخرين وقوله لا اب له اي لا اب له معروف لا ان لا يكون ابوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحه اهله في الطريق خوفا من العيلة او فرارا من التهمة فلا يكون له اب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من ان قوله لا اب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها اب فوهب لها لو قبضت او قبض لها ابوها او زوجها ان ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقا الى هنا كلامه **اقول** ليس هذا ايضا بصحيح فان مدار المعقول عما تقرر في كتاب اللقيط من انه اذا دعاه مدع انه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز ان يظهر له اب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم اب فيتمشى ما ذكره صاحب النهاية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كان صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على ان وضع في اللقيط لا في الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا اب له في مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بان يكون المراد لا اب له معروف لا ان لا يكون له اب في الحقيقة لانه اذا كان المراد لا اب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام في هذا المقام لا يليق بشان الامام الرباني محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا اب له معروف اصلا اي لا حينا الالتقاط ولا بعده لا يتيح ان يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم ان لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له اب معروف بعد الالتقاط بان ادعى احد انه ابنه شاع ذلك فانه مقبول في الشرع كما مر ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى عرف الاب كما في المولود من امته فالحق عندي ان قوله لا اب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له اب حاضر فانه لا يجوز لمن كان في يده مثل ذلك اللقيط ان يقبض الهبة او الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من ان زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هولاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك ان الملتقط داخل في كلمة قوله وكل من يعولها غيرها فلزم ان لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعولة كما لا يخفى فتبصر

كتاب احياء الموات

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية بجواز ان تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى **اقول** بل ما ذكره نفسه في الرد عليهم ليس بشيء لان ما ذكروا في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات الملحوظة فيما ذكر وههنا من المناسبة بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا يدعي ان الحيثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة واللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر منك فانه ينفعك في مواضع شتى **قوله** الموات ما لا ينتفع به من الارض لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه

ذلك مما يمنع الزراعة قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ما له مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد
الامور المذكورة وكان ان نقول هذا تفسير المعنى اللغوي انتهى اقول توجيهه الذي ذكره بقوله لكن
ان نقول الخ ليس بتام فان قيد ان لا يكون له مالك معتبر في معناه اللغوي ايضا قال في الصحاح والموات
بالفتح ما لا روح فيه والموات ايضا الارض التي لا مالك لها من الادميين ولا ينتفع بها احد انتهى وقال
في القاموس والموات كغراب وكسحاب ما لا روح فيه وارض لا مالك لها انتهى فيجب تقديما ان يحمل ما في الكتاب
على تفسير المعنى اللغوي يكون تفسيرا بالاعم ايضا لو قيل اصل المعنى اللغوي للموات ما لا روح فيه والذي ذكر
في الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفي او الشرعي فلم يكن قيد ان لا يكون له مالك معتبرا في معناه اللغوي
لانا نقول الظاهر المتبادر منه ان يذكر معنى اللفظ في كتب اللغة بلا اضافة الى العرف او الشرع ان يكون
ذلك المعنى معناه اللغوي سيما انه قيد ايضا في قوله في الصحاح والموات ايضا الارض التي لا مالك لها وان لم يكن
الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوي هو الذي ذكرنا اولا فلا شك ان ما لا روح فيه اعم من الارض التي
لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير ان يحمل ما في الكتاب على تعريف المعنى اللغوي يكون تعريفا بالاخص
وهو ليس باقل قبحا من التعريف بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر انه يشمل ايضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب
الكفاية في شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات ما لا ينتفع به من الارض تحديد لغوي وقد زيد عليه في الشرع
اشياء اخر بيانها في قوله فما كان عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية
بحيث اذا وقف انسان في اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تقف قوله ولابي
حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به اقول لقائل ان يقول لو اعتبر عموم
هذا الحديث يلزم ان لا يملك احد شيئا من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك ان كل احد يتسبب
في التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من اسباب الملك من غير توقف على اذن الامام
وان لم يعتبر عمومه لا يتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مخصص بما يحتاج فيه الى راي الامام
وذكرنا اسباب الملك لا يحتاج فيه الى راي الامام بخلاف ما نحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى راي
الامام اول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب قوله وما رويناه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب
لشرع تقريره ان الشرع وقع على نوعين احدهما نصب الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام
من قاء او رعف في صلوته فلينصرف والاخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه اي الامام ولاية ان
يأذن للغازي بهذا القول وكان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال
لا نصب شرع فكذلك في مسئلتنا هذه من قتل قتيلا لا يكون سلبه له الا ان يأذن الامام به فيجوز ان يكون قوله
عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له من ذلك القبيل وحاصله ان ذلك الحديث يحتمل التاويل وما ذكره ابو حنيفة
مفسر لا يقبل التاويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت ما رواه عام خص منه

الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص فيكون العمل به اولى قلت ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على راي الامام
والحطب والحشيش لا يحتاج فيهما الى راي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج
فيها الى راي الامام لانها صارت من الغنايم بايجاف الخيل والركاب كسائر الاموال فكان ما قلنا
اولى انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والعيني اقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد اما الاول
فلان كون ما رواه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضي كون العمل بما رويناه اولى لكونه مما لم يخص
ان لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذي خص منه البعض ح ظنيا كما عرف في علم
الاصول واما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم اولوية العمل بما رويناه اذ يصير العام ح
منسوخا في القدر الذي تناوله الخاص ويبقى قطعيا في الباقي كسائر القطعيات كما تقرر في علم الاصول ايضا ولا
ان مخصص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل اخر مفصول عنه واما الثاني فلان
كون الارض مطلقا مما يحتاج فيها الى راي الامام قبل المسئلة لم يقل به الامامان في الارض الموات
فبناء الجواب عليه يؤدي الى المصادرة فان قيل انما يؤدي الى المصادرة لو لم يستند الجواب عليه بقوله لانها صارت من
الغنايم الخ قلنا كونها من الغنايم دليل اخر عقلي لابي حنيفة مذكور في الكتاب بعد والكلام الان في تمشية
دليل النقلي فالمصير الى ذلك الدليل العقلي هنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه قوله ويجب فيه العشر لانه
ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز اقول في هذا التعليل شيء وهو انه سيجيء في الكتاب
ان المسلم والذمي مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى في حق المسلم دون
الذمي فتأمل قوله والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ
الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك قال في العناية ولقائل ان يقول الاستدلال بهذا الحديث
على مذهبهما صحيح واما على مذهب ابي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والحق
انه وان كان اذنا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى انه من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه
ملك سلبه من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة
التمليك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم ان يكون بلفظ التمليك انتهى اقول
الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة في كل من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل
منهما محمولا على الاذن فجعل مجرد لفظ التمليك شرطا في اذن الامام في احد المقامين دون الاخر تحكم بحت
لم يسمع ذلك من ائمة الشرع قوله ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى
غيره والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كون التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال ملكا موقتا الى ثلث
سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المص اشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما
اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلث سنين واحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وعلى الاول

ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر حق بعد ثلث سنين نفي الحق بعد ثلث سنين فيكون له الحق في ثلث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه التصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم انه ذلك مفهوم وليس بحجة كذا في العناية واورد عليه بعض الفضلاء واجاب حيث قال وانت خبير بان المص استدل على الترك ثلث سنين بهذا الطريق وجوابه ان ثبوت الحق ليس بالحديث بل الاجماع انتهى اقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلث سنين بالحديث بل بالاجماع لما قال المص انما شرط ترك ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق التحجر قبل ثلث سنين اذ هو المقتضى اشتراط ترك ثلث سنين بما اورده على ان استدلال المص بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا بد في الجواب المزبور **قوله** لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فيحصل النفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم يحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود اقول لقائل ان يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى ان يأخذ الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء ايضا اذا لم يزرعها ثلث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر والخراج تحقيقا لما عين التعليل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير احق بالتصرف فيها من الغير والامام لا يقدر ان يدفع مملوك احد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر ان يدفع غير مملوكه اليه لذلك قلت فح يلزم المصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به فلا يكون التعليل الاول منفيا للمدعى بدون الثاني مع ان اسلوب تحريرها باذكره كما ترى **قوله** لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة على ما بيناه قال عامة الشراح في حل هذا التعليل لتحقق حاجتهم اليها حقيقة اي عند محمد او دلالة عند ابي يوسف وقال صاحب معراج الدراية بعد ذلك اراد بقوله على ما بيناه قول محمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة الى واقتفى اثره صاحب العناية والشارح العيني اقول لم يصب هؤلاء الثلثة من الشراح في حملهم مراد المص بقوله على ما بيناه على ما ذكروا اذ الظاهر ان مراد المص بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه ابو يوسف لان الظاهر انما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى اذ يصير قوله على ما بيناه ح ناظرا الى مجموع قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دلالة فيحسن واما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظرا الى قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة اما اولا فلان الاحسن ح ان يذكر الدليل المقدم قوله على ما بيناه على قوله او دلالة كما لا يشتبه على ذي فطرة سليمة واما ثانيا فلانه يلزم ح ان يقتصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع ورود بيان صورة دلالة الحاجة اليها ايضا فيكون حالا ضرورة فيه بل لا وجه له **قوله** لان في الاراضي رخوة فتتحول

الماء الى ما حفر دونها اقول كان الظاهر ان يقال فيتحول الماء بالفاء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دونها انما هو رخوة الاراضي لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ما حفر دونها قطعا فلا بد من اداة التفريع ثم اقول لقائل ان يقول ان هذا التعليل تعليل في مقابلة النص لان قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا ظاهر في كون الاربعين من كل الجوانب الاربعة على ان يكون من كل جانب عشرة اذرع كما صرح به في الكافي وعامة الشروح وقد تقرر في علم الاصول ان التعليل في مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكر على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة اذرع من كل جانب فلو لم يكن الاربعون من كل جانب لزم الحرج وهو مدفوع بالنص فكان مآل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المودي الى الحرج ويرشدك اليه تقرير صاحب الكافي هنا حيث قال والصحيح ان المراد باربعين ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول كيلا يحفر احد في حريمه بئرا اخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة اذرع من كل جانب فان الاراضي تختلف صلابة ورخاوة فربما يجيء آخر فيحفر بئرا اخرى بقربه ويتحول ماء البئر الاولى اليه فيتعطل عليه منفعة بئره وفي مقدار اربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر **قوله** ولنا ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يريد بقوله ما رويناه قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا وبقوله من غير فصل اي من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا وبقوله اولى عنده اي عند ابي حنيفة رح ويريد بالخاص المختلف في قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كذا في العناية وغيرها اقول هذا الدليل المذكور من قبل ابي حنيفة هنا منقوض بما اذا كانت البئر عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سيأتي مع ان ما رواه من قوله عم من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا لا ينفصل ذلك ايضا فاقتضى كون العام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به يقتضي ان يكون حريمها ايضا اربعين ذراعا عنده فليتأمل في الفرق **قوله** ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه يعني ان الحديثين اتفقا في الاربعين فتركنا القياس في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضا لان العام ينفيه والخاص يثبته فتساقطا لعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره اقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر واما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر

فيجب العمل بالراجح وترك الاخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما رواه الاربعين بطريق المفهوم
وهو غير معتبر عندنا وان سلم انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبته بطريق العبارة
وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم ان لا يسقط الخاص بل يجب ان
يعمل به ويترك القياس لظهور ان ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان
وقد ذكر القبول في احدهما والاختلاف في الاخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور
مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية والشارح العيني اقول
الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة التعارض التي لا تنافي رجحان احدهما على الاخر
لما تم قول المص فيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا
فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد
المخلص واما في صورة التعارض مع رجحان احدهما على الاخر فيجب العمل بالراجح وترك الاخر والقياس
وقد عرف ذلك كله في اصول الفقه ثم اقول الظاهر في الجواب ان يقال مدار هذا الدليل على التنزل
عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله اولى من الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان
احدهما على الاخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما
نحن فيه تامل ترشد قوله ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت
الحاجة فيهما اقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى
منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم ان يقال قد يستقى من بئر العطن بالناضح
ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم ان يقال فاستوت الحاجة فيهما
قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا
يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول اقول فيه اشكال اذ المقادير مما لا مدخل فيه للرأي
اصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه
ما ذكر فيما قبل لا غير فيصير الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز قلنا ما في الدفع
قوله وما عطب في الثانية فغير مضمون لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره اقول
في التعليل قصور لانه لا يتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على اصل ابي حنيفة فانه جعل
الحفر هناك تحجيرا كما مر انفا وبمجرد التحجير لا يصير البئر الاولى ولا حريمها ملكا للمتحجر فلا يصدق هناك
على اصله ان يقال ان الثاني حفر في ملك غيره فالاولى في التعليل ان يقال لانه متعد فيه حيث
حفر في حق غيره اذ لا شك ان الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لا يقدر الامام ان ياخذ من يد المتحجر و
يدفعها الى غيره الا اذا تحجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين كما مر فيتمشى التعليل بهذا الوجه في الصورة المذكورة

ايضا

ايضا على اصل ائمتنا الثلاثة جميعا قوله ولانه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائها
ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة قال صاحب العناية وقوله صورة لاستوائها يشير
الى ان الخلاف فيما اذا لم يكن المسناة مرتفعة على الارض فاما اذا كانت المسناة ارفع من الارض
فهي لصاحب النهر لان الظاهر ان ارتفاعها لالقاء طينه انتهى وتبعه العيني اقول
ليس هذا بشرح سديد لان الاشارة الى ما ذكره انما يتصور ان لو كان المراد باستوائها في قوله صورة
لاستوائها استوائها في الارتفاع والانخفاض اي الاستواء المكاني ولا يذهب على ذي مسكة ان المراد بذلك
انما هو الاستواء في الحقيقة الارضية كيف لا والاستواء بالمعنى الاول قد يتحقق بين النهر والحريم ايضا كما لا يخفى
عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور تبصر قوله وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب
الارض عنده وعندهما لصاحب النهر قال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لا يظهر كون ما ذكر ثمرة لما
تقدمه بل لا يبعد ان يدعى العكس انتهى اقول لا وجه لكلامه هذا اصلا فانه لما لم يكن
لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه ان ولاية
الغرس في ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لا شك ان ولاية الغرس في موضع انما
يستحق بملك الموضع وهذا مما لا ستر به فكيف خفي على ذلك القائل

فصول في مسائل الشرب

فصل في المياه

لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات
يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح اقول يرد على ظاهره ان
يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب
ان احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لا محالة
وانما مقصود الشراح هنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب بتحقق المناسبة والتعلق بينهما من جهة
احتياج احدهما الى الاخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه قوله الا انه يثبت
فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي
نصابا لم يقطع يده واعترض عليه بانه على هذا ينبغي ان لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي
خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق واجيب بان العمل بالحديث يوافق
العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف
قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية
والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على ان المراد به غير ما دل عليه الخصوص كذا في العناية
اقول في هذا الجواب نظر لانه وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال قوله تعالى
هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا الا انه يلزم بالعمل بذلك على الاطلاق ابطال دليل شرعي آخر فانهم

حكموا بان الماء المحرز في الاواني يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بد له من دليل
شرعي لا محالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز
في الاواني ملك خاص لمن احرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على ان المراد بالحديث المذكور غير ما
دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على ان الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص بمحرزه كما قيل في الاية
المذكورة فينبغي ان لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرزا في الاواني كما لا يورثها الاية
المذكورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت
فعلى هذا ينبغي ان لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع
يقتضي انقسام الاحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم
ولا يجوز الزائد على الاربع فكذا معنى الاية والله اعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل
الاشياء وفيما نحن فيه اثبت الحديث الشركة للناس عاما انتهى **فصل**
في كري الانهار قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى
ذكر مؤنة كري الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكري امرا
زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكري كالنهر العام اخر ذكره انتهى اقول
فيه كلام اما اولا فلان المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في اثناء ذكر مسائلها بعد
كيف وقد قال فيما قبل فصول في مسائل الشرب وهو الان شرع في الفصل الثاني من
تلك الفصول واما ثانيا فلان النهر العام ايضا لا يوجد بدون مؤنة الكري بل مؤنته
من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين لان منفعته لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم ان النهر العام يوجد
بدون مؤنة الكري على اهله لا انه يوجد بدونها مطلقا يشير اليه قول المصنف فيما بعد واما الثاني
فكريه على اهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا
نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان صرفها من بيت
الا انها في الحقيقة على اهلها ايضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان
منفعة الكري لهم فيكون مؤنته عليهم في تعليل قوله فالاول كريه على السلطان
من بيت مال المسلمين ولئن سلم ان مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدي نفعا
ايضا اذ لا يلزم حينئذ ايضا ان يوجد النهر بدون مؤنة الكري مطلقا فلا يثبت كون
مؤنة الكري امرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التاخير الذي ذكروه ههنا ثم اقول
ما ذكروه ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند

قول

قول المصنف فصل في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل
الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه في فصل الكري لان المقصود هو الماء انتهى فتامل **قوله**
ولان المقصود من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه نفع غيره قال صاحب العناية في تعليل
نفع غيره لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الزرنوجي الى هنا كلامه وكذا قال
اثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانتفاع في معنى النفع وهو ضد الضر
ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء رجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه انفعته بمعنى نفعته
ولكن اللغة لا تثبت بالقياس ويجوز ان يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انتفاع غيره من باب الافتعال
انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم ان يكون الهمزة هنا
للتعدية فيكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز ان تكون للتعريض من باب ابعته فان باع متعد ولما قصد
منه التعريض دخل الهمزة عليه على قصد ان يكون المفعول معرضا لاصل الفعل فان معنى ابعته عرضته للبيع فجعلته
منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه ان يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى اقول فيه شيء
اذ ما ذكره ايضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على ابعته بمعنى جعل ذلك
ولحسن قياسه على ابعته بمعنى عرضته للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة **فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه**
لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب **قوله** وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا
لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى قال في المبسوط ينبغي في القياس
ان لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام وفي الاستحسان تصح
ما ذكره في الكتاب كذا في الغاية وغيرها اقول فيه اشكال لان ما ذكر في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط
اذ لا شك ان المشروط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالته
جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض
ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم ان يتحقق المشروط بدون ان يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكر
في الكتاب بان يكون وجه الاستحسان في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على ان ما ذكره في الكتاب لو كان
مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححا لدعوى غيره ايضا من الاعيان المجهولة مع انها باطلة قطعا نعم يصلح ما ذكر
في الكتاب ان يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه اخر للقياس مذكور ايضا في المبسوط ومنقول عنه ايضا في النهاية
ومعراج الدراية وهو ان المدعي يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك فيما يدعيه اذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل
التمليك بغير ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين فان ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير
جوابا عنه على وجه الاستحسان تامل تفهم ثم اقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان
مذكورا في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الاصالة في البعض

وهو اختيار صاحب الغاية والكفاية والهداية والدراية تاج الشريعة

الا انه منظور فيه عندي لانهم اذا ارادوا نفي لهم في ذلك الوجه ان الشرب مجهول لجهالة لا تقبل الاعلام فان الشرب مطلقا مجهول
جهالة لا تقبل الاعلام ممنوع فانه اذا ادعى شربا بيوم في الشهر فلا يصير الشرب هناك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات
في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في ارضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر واقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة
ويقضي له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير ارض والشهادة على الشرب من غير ارض مقبولة اذا كان الشرب
معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا الشرب يوم من ثلثين يوما وهو معلوم ايضا لفظ الاصل وان اراد ان كان الشرب قد يكون
مجهولا في موضع ولكن لا يجدون شيئا فيما نحن فيه اذ لا شك ان المراد بصحة دعوى الشرب بغير ارض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى
الشرب المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح مطلقا لا نص عليه في الاصل ايضا فانه قال فيه وان شهدوا انه له شرب يوم
ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدري كان له شرب يوم من الشهر او من
السنة او من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى **قوله** فان لم يكن في يده قال في العناية وفي النهاية
يعني بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ولم يكن اشجاره في طرفي النهر انتهى **قوله** في المعنى الاول خلا اذ لا يخفى على الفطن ان معنى قولهم ان
يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول اي بان لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه يلزم ان يلغو قوله فلم يكن جاريا اذ لا يكون
عدم الجريان مع سبب الجريان لان حقيقة قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا فالوجه هو المعنى الثاني وهو ان لم يكن اشجاره
في طرفي النهر فان كون الاشجار في طرفي النهر علامة لان يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة لان يكون له مجراه في هذا النهر فيكون **قوله**
فان لم يكن في يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع الكلام
فان لم يوجد شيء من العلامتين فعلى المدعي البينة ان هذا النهر له او انه كان له مجراه في هذا النهر فيكون الكلام من قبيل اللف والنشر كما ترى **فان قيل**
يجوز ان يكون مراد صاحبي العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على ان يكون قولهما بان لم يكن
مستعملا باجراء مائه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وان يكون قولهما ولم يكن اشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريق
اللف والنشر الغير المرتب **قلنا** لا نقول مع كون اللف والنشر الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالغاز في الكلام لا يستقيم كلامهما في
قولهما ولم يكن اشجاره في طرفي النهر فانها الاعم الاغلب فيلزم ان يكون معنى كلام المصنف فان انتفت احدى العلامتين فعليه البينة وليس
بصحيح فانه اذا انتفت احديهما ووجدت اخريهما لا يجب عليه البينة ولهذا قال المصنف ولم يكن جاريا بكلمة او اشارة الى انتفائهما معا **قوله**
والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة حيث لا يصح هذه العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمتقوم حتى لا يضمن
اذا سقى من شرب غيره ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع ان الشرب يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومقصودا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ
لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرنا في كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله هنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره ينافي
ما هناك ولهذا يضمن بالاتلاف ثم فيه ظاهرة **اقول** ليس كذلك اذ لا تنافي بين كلاميه المتقابلين على الروايتين فما ذكره هنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده
وما ذكره هناك على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوي فقد افصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له نوبة ماء في يوم معين من الاسبوع فجاء رجل فسقى ارضه في نوبته
ذكر الامام علي البزدوي قال الامام البزدوي وبه نأخذ وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى واوضح عنه صاحب الكافي ايضا هنا حيث قال
حتى لو سقى ارضه بماء غيره لم يضمن في رواية الاصل وافتى فخر الاسلام انه يضمن انتهى كتاب الشرب

كتاب الاشربة

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهما شعبتا عرق
واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء حل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب
مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلا منهما يخرج منه اما بالواسطة او بدونها انتهى **اقول** حمل
مرادهم بالعرق المعنوي هنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف
لا يقبله الفطرة السليمة والصواب ان مرادهم بالعرق المعنوي هنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلا
منهما مشتق من ذلك المصدر ولا بد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا ايضا
كذلك وهذا معنى كونهما شعبتي عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد
الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن
ذكر الاشربة بيان حرمتها اذ لا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه **فان قيل**
ما بال حل للامم السابقة مع احتياجهم ايضا الى العقل اجيب بان السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل
من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع في المحظور بان يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن شهود لنا بالخيرية
فان قيل هلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور موجود اجيب بما ان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك ولما التدريج
الضاري لئلا ينفر عن الاسلام كذا في العناية **اقول** في كل من وجهي الجواب الثاني نظر اما في وجهه الاول
فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا ان نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتهاء
كما لا يخفى على احد وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقريب واما في وجهه الثاني فلان نفرة الضاري بالخمر اي المعتاد بها
عن الاسلام بتحريم الخمر توجد بتحريمها في اي وقت كان فانها اذا لم تحرم في ابتداء الاسلام كان الضاري بها على حاله
في ابتداء الاسلام ايضا فاذا حرم بعد ذلك لزم ان ينفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وايضا احتمال كون
الاعتياد بحيث باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات
التي نهي عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فههنا ايضا ينبغي
ان يكون كذلك فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت
الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا اباح الله تعالى في ابتداء الابتداء ليعاينوا الفساد في الخمر
حتى اذا حرم عليهم عرفوا نعمة الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى **قوله** سميت بها وهي جمع شراب لما فيه
من بيان حكمها يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة اي اضيف اليها والحال ان الاشربة جمع شراب وهو اسم
في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما او حلالا وفي استعمال اهل الشرع اسم لما هو حرام
منه وكان تسمية لما فيه اي في هذا الكتاب من بيان حكمها اي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان
حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ما ذكر ههنا في جملة الشروح والكافي
مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها اي بيان حكم انواعها وقال ولعل

ذلك تمهيد العذر لعنوان الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان احكام انواعها كما في البيوع او
الاضافة الكتاب الى الاعيان والفقيه يبحث عن افعال المكلفين من جهة الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان
لا للافعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا في التلويح في اوايل
القسم الثاني انتهى كلامه اقول ليس لتوجيهه الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان اراد
ان الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الاصول سيما في التلويح في اوايل
القسم الثاني ان اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من
باب اطلاق اسم المحل على الحال او هو مبني على حذف المضاف اي حرم اكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة
العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف واما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى
الاعيان حقيقة لوجهين مفصلين في محله الا ان كون اضافتهما الى الافعال حقيقة مما لم ينكره احد قط بل من
يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقيس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الافعال
في كونها حقيقة ويستمد بذلك في توجيه مذهبه فلا مجال للقول بان الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للافعال
على كلا المذهبين وان اراد ان الحرمة ههنا وصف للافعال مجازا لا للافعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان
لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضي ان يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان
اولى واحرى بلا ريب فكان الذي ينبغي ان يعنون بالفعل بان يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقه
باحثا عن افعال المكلفين بلا كلفة ان يقال ويعلم منه حال الافعال وبالجملة توجيهه المذكور ليس بتام على
كل حال قوله احدها في بيان ماهيتها وقع في بعض النسخ ماهيتها بدل ماهيتها قال في غاية البيان الماهية
يعني الماهية وهي ما به الشيء هو كماهية الانسان وهي حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة ماهيتها ههنا ايهام لطيف
لا يخفى قوله وهي النيء من ماء العنب قوله ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه اقول
لمانع ان يمنع اطباق اهل اللغة على انه اسم خاص للنيء من ماء العنب اذا صار مسكرا الا يرى انه قال في قاموس
اللغة الخمر ما اسكر من عصير العنب او عام وقال والعموم اصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم
الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في ان الخمر عند بعض اهل اللغة تعم ماء العنب وغيره وان العموم اصح عند صاحب
القاموس قوله ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية قال صاحب غاية البيان بيانه ان النيء
المسكر من ماء العنب خمر قطعا ويقينا لثبوت ذلك بالاجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فاما سائر الاشربة
ففي تسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين اهل العلم وادنى درجة الاختلاف ايراث الشبهة فكيف تترتب
الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان الشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى اقول في هذا البيان
خلل فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النيء المسكر من ماء العنب ظنية اختلاف العلماء في تسمية ذلك
خمرا وليس بسديد لان المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات ان غير النيء المسكر من ماء العنب

لا يسمى خمرا فلو كان مدار ظنية حرمة غيره ذلك الاختلاف فيهم في تسميته خمرا لزم المصادرة على المطلوب كما ترى قال
المحرم هي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعم بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النيء
من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خمرا فقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالنيء من ماء العنب لا يطلق
على غير ذلك فاورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمته قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال
صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت
الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف في غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وادنى درجات
الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى اقول وفيه ايضا خلل اما اولا
فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة
قوله وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف ان يكون مراده باختلاف العلماء في غير النيء من ماء العنب
اختلافهم في كونه خمرا فيؤول الى ما ذكر في غاية البيان واما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها
ظني كلام غير صحيح الارتباط بما قبله لان مدلول ما قبله ان غير النيء من ماء العنب لما وقعت فيه شبهة
باختلاف العلماء في حقه فاللازم منه ان تكون حرمته ظنية فان اراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون
حرمة غير النيء من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان اراد به فتكون حرمة الخمر قطعية
لم يتضح قوله والدليل عليها ظني اذ لا شك ان دليل حرمة الخمر قطعي كما افصح عنه في صدر بيانه حيث قال
يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام
المصنف ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يجتهد في تحريمها الا الى عين الشيء
الحرمة في تلك العين قطعا وغير النيء ليس بتلك المثابة لكان الاجتهاد فيه انتهى فانهما لم يريدا
بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل ارادا به الاجتهاد في عدم حرمته
كما اشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه بعد بيان انه حرام عندنا
وقال الاوزاعي انه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان انه حرام وقال شريك بن عبد الله انه مباح وقال
في نقيع الزبيب بعد بيان انه حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء
طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء الا يرى انهم لا يكفرون
مستحله ولا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا
ليست بقطعية انتهى اقول ليس هذا بشيء لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النيء
من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل ذلك يوجب الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب كما يأتي
في الكتاب لان الله تعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة
ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما ثبت بهذه الادلة القطعية قطعي جزما فاذا

لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب تعين ان لا يكون غير النيء خمرا اذ لا اشكال ان قطعية الحرمة وعدم قطعيتها
لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم لا نسلم في قولهم ان كل مسكر خمر وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربا الى
آخره لا يجدي شيئا لان علة الربا عندنا الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا لا يوجد الربا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع
واما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علته فيحرم فتكون حرمة الربا قطعية فيصير حجة على الشافعي هناك ايضا
لمثل ما قلنا ههنا فلا فائدة في التنظير اصلا قوله وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل قال بعض الفضلاء
ولك ان تقول هذا منع لا يضر انتهى اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم اولا ان هذا منع بل يجوز ان يكون
معارضة يعني انما سمي خمرا لتخمره اي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النيء من ماء العنب فلم يكن غيره
خمرا ويشير اليه تقرير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا اي لتشدده وقوته فان لها شدة وقوة
ليست لغيرها حتى سميت ام الخبائث انتهى ولئن سلم ان ذلك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود
بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو
موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل يسقط هذه المقدمة من الاستدلال الذي ذكره
ولا يتم دليلا للخصم علينا وهو بين الضرر ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المص هذا وقوله وانما سمي يعني
غير النيء من ماء العنب خمرا لتخمره اي لصيرورته خمرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل انتهى اقول
هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح اصلا اذ ح لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط بقول المص فيما بعد
على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا ان نحمل
كلمة غير في قوله يعني غير النيء على السهو من قلم الناسخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله اي لصيرورته خمرا كالخمر فان التشبيه
بالخمر يقتضي ان يكون المشبه غير الخمر وهو غير النيء من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام ان يقال يعني انما سمي
النيء من ماء العنب خمرا لتخمره اي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمرا لا لمخامرته العقل
اي ليست التسمية لمخامرته العقل اي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النيء من ماء العنب ايضا فيكون
خمرا فح ينتظم الارتباط بالسابق واللاحق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المص لتخمره اي لتغيره
خمرا اقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤد الى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التامل الصادق قوله
فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان
النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العيني اقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح
لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا للظهور ثم صار علما للثريا بلا مانع وامتنع معين بل لاجل الغلبة
وكثرة استعماله في فرد من افراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقرر في موضعه والظاهر ان مراد المص
ثم هو اسم خاص للنجم المعروف انه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا انه علم خاص لشخص معين من افراد

جنس الكوكب

جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما لوحظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لا في مرتبة كونه علما
لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما للثريا انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة
معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما لا يستتر به عند من له دربة بالعلوم الادبية
وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف في قول المص اسم خاص للنجم المعروف الا ان مراده بالنجم المعروف الجنس
المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تامل ترشد قوله
والثاني اريد به بيان الحكم قال في غاية البيان والعناية يعني فاذا اسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت
الحد انتهى اقول فيه بحث لان حاصل تفسير الحكم في قوله والثاني اريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند
اسكار كثيره وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه السلام الائمة من قريش
على ما تقرر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم ان لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين
الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق
في غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند ابي ح
وابي يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا انه اذا اسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به
الحد على القول الاصح كما سيجيء في الكتاب والحق ان المراد بالحكم الذي اريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قليله وكثيره
وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا اشتباه وعبارة
صاحب الكافي في تفسير المذكور بالحكم هنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا انها باجمالها لا تنافيها
بل تساعدها حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتفى اثره تاج الشريعة
وصاحب الكفاية قوله لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد اقول فيه
نظر لان قوله لان الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد
بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلم ابو ح بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاهما بثبوت
هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد
يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافي ما صرح به فيما بعد من ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف
عليه وقد شرح الشارح الكاكي قول المص ههنا بما هو اظهر في المنافاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو ما كان
يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد اي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى انتهى ولا
يخفى ان هذا انما يلائم قول من قال بانها معلولة بالسكر كما ذكره المص فيما بعد بقوله ومن الناس من انكر حرمة
عينها وقال السكر منه حرام لانه به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتامل قوله ولابي حنيفة
ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع
قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع اقول لقائل ان يقول الكلام في هذا الموضع

في حد ثبوت اسم الخمر لا في حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز ان يثبت اسم الخمر في بداية الشدة ويتوقف
ترتب الاحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب ويمكن ان يقال الكلام هنا في حد ثبوت اسم الخمر في الشرع لا في
حد ثبوته في اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعي يلزم ان يترتب عليها احكامها الشرعية بلا تراخ فيتم التقريب
تدبر قوله والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار
فلا يتجه لهذا القول للزوم قوله وكذا المغني المحرم انتهى اقول ليس هذا بشيء لان السكر لازم للاسكار
ومطاوع له فلا يفترقان في التحقق فالتعليل باحدهما يؤدي الى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما في المفهوم
لا يجدي شيئا فقهيا هاهنا كما لا يخفى كيف ولا شك ان مراد المص بان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشيء ما
اصلا لا انها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشيء آخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر بجحود
كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقا لا على ادعاء كونها معلولة
بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم قوله والشافعي
يعديها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة قال الشراح وهي ما روي عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل ح
يكون مخالفا للنص انتهى اقول لقائل ان يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها
يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى ايضا فانه سماه رجسا والرجس
ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة ايضا على ما مر من قبل وذلك يؤدي الى جحود تلك الادلة
القطعية وحاشا الشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها بل كانت حرمة
عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعدية حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق
القياس لم يتم القول بانه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين
الخمر والغرض ان تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم اقول الحق عندي هاهنا ان تعليلها بالاسكار
ينافي حرمة عينها لان تعليلها بسبب السكر فيلزم ان لا يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار
ويلزم منه ان يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل تعليلها بالاسكار واما تعليلها بما هو غير منفك
عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها فالظاهر انه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها
بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى اوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما
صرح به في الكافي والشروح فمن اين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة قوله والرابع انها نجسة
نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه اقول فيه شيء وهو ان الثابت
بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها فان استلزمت حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة
غليظة فما معنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا رابعا يحيزها عنه بالاصالة وان لم تستلزمه

فما معنى الحوالة على تلك الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة
فانه سماها رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة الا انه يبقى الكلام في صيغة الجمع
في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه فالاولى هاهنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة
غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم
حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها اقول
لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع انه مال متقوم يجوز بيعه عندنا
كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي
لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع
به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى فتامل قوله
والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام اقول انتقاض هذا التعليل بالسرقين
اظهر مما مر آنفا فتدبر قوله واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى
طبخة ويسمى الباذق قال في القاموس الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب ادنى
طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ ادنى طبخة فصار شديدا وقال
في الفائق هو تعريب باده وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء
منهما بشيء اقول فيما ذكر في الفائق نظر لان الخمر على ما مر هي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا
والمطبوخ ليس بنيء قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب ادنى طبخة فليس بخمر لا محالة ولهذا
قال المص واما العصير اذا طبخ في مقابلة قوله واما الخمر فكيف يتصور ان يكون الباذق تعريب
باده بمعنى الخمر اللهم الا ان يكون ما ذكر في الفائق مبنيا على ما قال بعض الناس من ان الخمر اسم لكل مسكر
لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للنيء من ماء العنب اذا اسكر قوله والمنصف وهو ما ذهب
نصفه بالطبخ قال في غاية البيان قوله والمنصف يجوز ان يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله
الباذق اي يسمى العصير الذاهب اقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف ايضا والدليل على هذا ان
ابا الليث فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب اقل من ثلثيه بالمنصف وايضا انه قد حصر
المحرمة على اربعة وهي الخمر والعصير الذاهب اقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف
غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز ان يكون المنصف
بالرفع لانه نوع من الذاهب اقل من الثلثين لان ذاك اعم من ان يكون منصفا او غيره ولهذا جعل شيخ
الاسلام خواهر زاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية
البيان والاول اوجه معنى وهذا اوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال ايضا انتهى اقول لعل الاول

لا وجه له اصلا فضلا عن ان يكون اوجه فانه يصير معنى كلام المص على ذلك التقدير العصير الذي طبخ ادنى طبخة يسمى
باسمين احدهما الباذق والاخر المنصف وهذا يقتضي ان يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ
ادنى طبخة مع ان تحرير المص يبا في ذلك اما اولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب نصفه بالطبخ ولا يخفى ان هذا
اخص من العصير المطبوخ ادنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب اقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى واما ثانيا
فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد الى اخره ولا يخفى ان لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا
بحسب الاسم فقط فالحق ان قول المص والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ ادنى
طبخة والمعنى ان العصير المطبوخ الذاهب اقل من ثلثيه على قسمين احدهما المطبوخ ادنى طبخة المسمى بالباذق
والاخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد
على الاختلاف واما حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصروها في الاربعة
فخارج عن النظام لان الاربعة التي حصروا الاشربة المحرمة فيها انما هي اصول الاشربة المحرمة واقسامها الاولية
والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من احد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلاء العام
للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء اورد على قول صاحب العناية وهذا الوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال
ايضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله ايضا انتهى
اقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير ان يكون قوله
والمنصف مرفوعا واما على تقدير ان يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى باحدهما
غير المسمى بالاخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دربة
بقواعد العربية ثم اقول يمكن ان يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا لقال ايضا بوجه اخر
وهو ان الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير ان يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني غناء كلمة
ايضا فلا نسلم انه لو كان منصوبا لقال ايضا قوله واما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء
التمر اي الرطب قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى
نقيعا فلا حاجة الى ان ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا ان يقول في نقيع الزبيب اي
نقيع العنب وليس بقوي انتهى وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ
من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول ابي ح وابي يوسف رحمهما الله على ما سيجي انتهى اقول
فيما قاله جمهور الشراح ايضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند ابي حنيفة وابي يوسف
انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ ادنى طبخة كما صرح به في عامة المعتبرات وسيجي في الكتاب في قوله وقال
في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه
ما يغلب على ظنه انه لا يسكر من غير لهو وطرب وهذا عند ابي ح وابي يوسف وعند محمد والشافعي

حرام

حرام انتهى والذي ذكرهنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما افصح عنه بقوله وهو النيء من ماء التمر وهو المسمى
بالسكر لا غير ولا شك انه ليس بحلال عند ائمتنا اصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب قوله فهو حرام
مكروه قال عامة الشراح اردف الحرام بالكراهة اشارة الى ان حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر
يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلانه لو كان مقصود المص بارداف الحرام
بالمكروه الاشارة الى ما ذكروه لارده بذلك في كل واحد من الاقسام الثلثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست
حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى بارداف بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر
احق بذلك كما لا يخفى واما ثانيا فلان المص سيصرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر
مستحلها ويكفر مستحل الخمر فما الحاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا قوله وقيل اراد به التوبيخ معناه والله
اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا قال الشراح اي انتم لسفاهتكم تتخذون منه
سكرا حراما وتتركون رزقا حسنا اقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المص والاية محمولة
على الابتداء بان الاية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور ان يكون معنى الاية قبل تحريم الخمر تتخذون
منه سكرا حراما والخمر وقتئذ حلال لم يوصف بالحرمة فاين السكر فليتامل قوله الا ان حرمة هذه الاشربة
دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية اقول
لقائل ان يقول من هذه الاشربة نقيع الخمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضي
الله عنهم وقد تقرر في علم الاصول ان اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم
القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن ان يجاب عنه
بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله الينا كما تقرر
هذا ايضا في علم الاصول فيجوز ان يكون الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على
وقوع الاجتهاد في خلافه قوله لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف
الخمر اقول فيه نظر اما اولا فلانهم صرحوا بان معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا وسيجي التصريح
عن قريب بان هذه الاشربة مما لا ينتفع به بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها واما ثانيا فلان
الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل الا يرى ان خبر الواحد من السنة يوجب
ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم الاصول وما نحن فيه
من العمليات فينبغي ان يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذ هي ايضا اجتهادية
لا قطعية كما صرح به آنفا قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة اقول في التعليل بحث
اذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به الا يرى ان السرقين نجس العين محرم التناول قطعا مع انه
ما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الريع وهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا

الدهن النجس على ما صرحوا به وقد مر هنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر قوله وعن ابي
يوسف انه يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين اقول لا يذهب عليك
ان متن هذه الرواية ان تذكر قبل قوله ولا ينتفع بها الى اخر مسئلة مستقلة دخلت في البين كما ترى
قوله ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت
اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر كان
معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيرهما لا يشربه او يشرب ما كان
حراما كذا في الكافي والشروح اقول هنا كلام من وجهين احدهما ان تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق
الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم
الاصول والظاهر ان ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح ان يكون فعل ابن عمر وقوله في الرواية المزبورة
دليلا على حل الخليطين وثانيهما ان قول ابن زياد ما كدت اهتدي الى اهلي يشعر باسكار الشربة
التي سقاها ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن ان يجاب
عن الثاني بوجهين احدهما ما اشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت اهتدي الى اهلي على سبيل
المبالغة في بيان التاثير لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد
ان يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الشربة فانها لو كانت حراما لما اقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على ان
يسقيه اياها واما تاثيرها في الشارب بعد ان شربها بحيث يصل الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقرر
اذ هو يختلف باختلاف الطبايع والاوقات وللشارب ان يحترز عنه مهما امكن فان وصل الى تلك المرتبة
في الرواية المذكورة فانما هو بالغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تامل تفهم قوله وقيل لا يشترط
وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان اقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد ان
لا يدعو قليله الى كثيره لا يقتضي ان لا يشترط الطبخ فيه لاباحة الاشربة نبيذ التمر والزبيب تماما يشترط
الطبخ فيه لاباحته بلا اختلاف مع ان قليل ذلك ايضا لا يدعو الى كثيره كيفما كان فان دعاء القليل الى
الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر في التعليل هنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية
لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو اصل الخمر شرعا
فان اصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط ادنى طبخة
في نقيع الزبيب والتمر فيجب ان لا يشترط ادنى طبخة في هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة
عن نقيع التمر والزبيب انتهى قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد اقول
قد مرت هذه المسئلة مرة اثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على ان
ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر فالتعرض

لها هنا مرة اخرى ليس الا لتكميل المقصود بالذات هنا ذكر قوله قالوا والاصح انه وما قبله
توطئة له نعم يتجه ان يقال لو ذكر ايضا هناك قوله قالوا والاصح انه يحد لاستغنى عن الاعادة
هنا بالكلية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو
الى كثيره وقال ويجوز ان يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين يعني ان هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو اصل الخمر فلا جرم لا يحد السكران منها
انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى ما ذكر ان السكران منه بمنزلة
النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية اولا ونقل
ما ذكره ثانيا بقيل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل اقول يرد على الوجه الاول ان عدم دعاء
القليل الى الكثير جار فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به
المص فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من
الاشربة المحرمة يحد بلا خلاف فعلم انه لا تاثير لعدم دعاء القليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران
ويرد على الوجه الثاني انه لو كان مراد المص ما يستفاد من قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين
لقال لما ذكرنا كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما مر من السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من
الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن ان يكون مذكورا هناك فانى يتيسر الاشارة اليه هنا بقوله
وقد ذكرنا الوجه من قبل فالاوجه هو الوجه الثالث وان اخره صاحب العناية في الذكر كما لا يخفى على
من تامل في سباق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة
قوله قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل اقول
تحرير المص هنا لا يخلو عن ركاكة اذ الظاهر ان مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر
انه هل يحد في ذلك عند ابي حنيفة وابي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمص الآن
بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعي هذا ان يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله وقالوا
والاصح انه يحد على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح انه يحد ان يقال فانه روي
عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل فان محمدا يخالفهما في اصل هذه المسئلة
حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلا فيجوز ان يقول بوجوب الحد اذا
سكر منه واما هما فيقولان بحل ذلك كما تقدم آنفا فلا يكون المروي عن محمد حجة في حقهما على
هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المص بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون
عليه الى اخره حيث قال فذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام باسبيجاب الاصح انه يحد
لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على ساير الاشربة انتهى قوله

وعنه انه كره ذلك اقول فيه ضرب اشكال وهو انه قد تقرر في اول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام
عند محمد وقوله هنا وعنه انه كره ذلك بعد ان صرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي
المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته فينافي ما تقرر في اول الكراهية فان قلت نعم ان كل
مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه
لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر ايضا هناك فيجوز ان يكون مدار رواية الحرمة ورواية
الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احديهما وظنيتها في الاخرى فلا تنافي بين المقامين
قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد ابي حنيفة وابي يوسف في حله لان
قطعية حرمة الشيء تستلزم اكفار مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهادنا فضلا عما
وقع فيه اجتهاد مثل ابي حنيفة وابي يوسف وغير هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة الثلثة المحرمة عند
ائمتنا اجمع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل
الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في هذا الكتاب مع ان اجتهاد الاباحة فيها
انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر اصحاب الظواهر فتحقق ان الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث
العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينهما في
الكراهة على اصل محمد ويمكن ان يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام عند محمد ان كل مكروه كراهة التحريم
حرام عنده لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لابي حنيفة وابي يوسف فان المكروه كراهة
التحريم ليس بحرام اصلا عندهما بل الى الحرام اقرب واما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى
الحرام اقرب عند احد وهذا الكل يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز ان يكون المراد بالكراهة في قوله
ههنا وعنه انه كره ذلك هو الكراهة التنزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي
بين المقامين تامل قوله ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها و
السكر من كل شراب قال في النهاية ولهما ايضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الاية بين الله تعالى الحكمة في تحريم
الخمر في هذه الاية وهي الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل
بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الاية لقلنا لا يحرم من الخمر ايضا ولكن تركنا قضية ظاهر الاية
في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الاية انتهى اقول فينتقض هذا الاستدلال
بما عدا الخمر من الاشربة المحرمة الثلثة فان قليلها ايضا حرام عند ائمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي
واكثر العلماء مع ان المعاني المذكورة في الاية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى قوله
خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة اقول الظاهر ان مراده بقوله خص السكر
بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على ان يكون الباء داخلة على المقصود وكما في قوله

خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد لمدعاهما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي
مسكة لكن فيه بحث وهو ان الاستدلال على مدعاهما ههنا بهذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي ايضا
حل الاشربة المحرمة الثلثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على ان استفادة قصر التحريم على السكر
في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف المذهب فليتامل
قوله ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا اقول ان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه
لا بانفراده فينبغي ان يحرم ما تقدم ايضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير اضيف الحكم اليه لكونه علة
معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى
العلة اسما ومعنى وحكما اولى والمجموع بهذه الصفة انتهى اقول ان اراد بقوله والمجموع بهذه الصفة ان
كل واحد من اجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى ان شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا
معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخى
عنه كما عرف كل ذلك في علم الاصول ولا شك ان شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان اراد بذلك
ان المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا ههنا اذ لا ننكر حرمة مجموع
الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده نعم يتجه
الكلام في ان اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع اولى ام الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادي الراي
هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف
الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى
ان الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمن الاخير في اثقال
السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى فيصير الجزء الاخير علة اسما ايضا اي كالاثر علة معنى وحكما فيستقيم
ارادتنا فيه الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى ان يقال المحرم هو المسكر واطلاقه على ما تقدم
مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول ليس هذا بشيء فضلا عن ان
يكون اولى اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شيء وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان
الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام ههنا في ان المفسد للعقل هو القدح المسكر اي المزيل للعقل سواء
اطلق عليه لفظ المسكر حقيقة ام لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل
لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد السؤال بان القدح
الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا في ازالة العقل فينبغي ان
يحرم ايضا لم يفد ان يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيئا
في دفع ذلك السؤال اصلا وانما يتمشى ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله عليه السلام كل مسكر خمر وكذا قوله

المص هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء ان يرد على صاحب العناية قوله لانه
يوجد آخر فاطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة واما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة
وهو مراده فلا يكون المجاز مرادا انتهى اقول وهذا ايضا ليس بشئ لان الاطلاق على ما تقدم على القدح
الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور ان يكون الاطلاق على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم
على القدح الاخير ايضا ولا شك ان اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا
يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له
ليس ما وضعت له قطعا ولو سلم ان يكون الاطلاق على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضر اذ لا
يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كونه
ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تامل تقف قوله وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو لرقته ولطافته
الى الكثير فاعطي حكمه اقول فيه كلام وهو ان هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح
فيما مر بان الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشئ لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله عليه السلام
حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي هنا ان يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص
فيه وهو قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا ان يحمل كلام المص هنا على التنزل والزام
الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره
فتبصر قوله والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه قال بعض الفضلاء وكان على المص ان يتعرض للحديثين
الاخيرين ولم يفعل كما ترى فكفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى اقول توجيهه ليس بشئ لان دلالة الحديثين
الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما اسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المص
من قبل ابي ح وابي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الاشارة او الاقتضاء وقد تقرر في كتب الاصول
ان عبارة النص ترجح على اشارة النص واقتضائه عند التعارض فاذا اراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما
الموجبة للتساقط وحل المعارضة بدون الرجحان في احد الجانبين فليس بصحيح وان اراد بها المعارضة
مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى قوله لان الماء يذهب
اولا للطافته ويذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب قال الشراح على القطع والبتات وقال
بعض الفضلاء فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى اقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد
الشراح فان مرادهم بقولهم اي على القطع والبتات تقييد المنفي في قول المص فلا يكون الذاهب ثلثي ماء
العنب لا تقييد النفي فالمعنى ان ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات وحاصله ان ذهابهما القطعي
لم يثبت لا ان عدم ذهابهما قطعي فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل ان يكون الذاهب
اقل منهما بان يذهب الماء اولا للطافته قلنا بحرمة شربه كما في العصير احتياطا بناء على ان الحرمة تثبت بالشبهة

فلا محل

فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في امثال هذا المقام اصل كبير
قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب
والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله او بين التمر والزبيب
نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما بادنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب
اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد انتهى اقول وقول القدوري بعيد وليس بالجلي
الظهور في ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان
اشتد اذ لقائل ان يقول يجوز ان يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني الحل في الاول
وقد تشبث صاحب الغاية في ترويج نظره بقول القدوري الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب الكافي
فهم ركاكة فيما ذكره المص هنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب
والتمر او بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل ان يقع لفظ التمر في قول المص
او بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المص او من الناسخ الاول الا ان تقريبه نوع تقصير في التعليل
الذي ذكره هنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ثم اعلم
ان تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية هنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتاتى في التمر والزبيب على
ما قال في المختصر انه يكتفى فيهما بادنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن ابي ح وابي يوسف انه
لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى اثره العيني قلت ويؤيده ما ذكر في الفصل الثاني من كتاب الاشربة
من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب ادنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه ما دام حلوا واذا غلا
واشتد وقذف بالزبد فعلى قول ابي ح وابي يوسف في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي
لا يحل وروى هشام في نوادره عن ابي ح وابي يوسف انه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى

فصل في طبخ العصير

قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من اسباب منعه
عن التخمر الحقه بالاشربة تعليما لانواع ما هو حلال على حاله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم ان العصير لا يحل ما لم
يذهب ثلثاه شرع ببيان كيفية طبخ العصير الحلال حتى يذهب ثلثاه قوله لان الذي يذهب زبدا هو العصير
او ما يمازجه واياما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلثة اقول فيه شئ وهو ان جعل العصير
تسعة دوارق على تقدير ان يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون ح فرق بين الذاهب زبدا
من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونهما عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا في حكم
العدم بلا امر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها ايضا في حكم العدم عند ذهابه بالطبخ
والاظهر في تعليل هذا الاصل ان يقال لان الذي يذهب زبدا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار
كما لو صبت فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا

عن اصل محمد حيث قال قال محمد في الاصل عشرة دوارق عصير تصب في قدر فتطبخ فتغلي فتقذف بالزبد فيجعل
ياخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد
الدورق الذي اخذ منه وذلك لان ما اخذ من الدورق زبد فجعل كانه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد
عصيرا يعتبر بها ولو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهي تسعة دوارق فكذلك
هذا الوجه انتهى قوله وفي ما اكتفينا بكفاية وهداية التخريج عن هاتين المسائل قلت فيه ايهام لطيف كما به
المنتهي احدهما بكفاية المنتهي والاخر بالهداية

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات
التي تورث السرور والنشاط في الآدمي الا ان السرور في الاشربة المباحة اكثر لانه بامر داخل في الباطن والسرور
في الصيد بامر خارجي فكان الاول اقوى وصار بالتقديم اولى انتهى قوله فيه نظر اما اولا فلان وضع
كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والا لذكر فيه كل اشربة مباحة على التفصيل مع انه
لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا ما له قليل مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لاجله الخلاف
من بعض العلماء في حله على انهم صرحوا في اول كتاب الاشربة بان الاشربة جمع شراب والشراب عند اهل الشرع اسم
لما هو حرام من المائعات فما معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور واما ثانيا
فلان ما ذكره هنا لا يناسب ما ذكره في اول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب
لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل
هناك وجه تاخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل هنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور
فبين كلاميه في المقامين تنافر لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة وفي تقديم
الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها قوله الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد
يعني ان الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو اخذ الصيد كالاحتطاب هو اخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد
مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمي باصل الخلقة ماكولا كان او غير ماكول
كذا في غاية البيان وغيرها قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة في الصياد وهو ان يكون
من اهل الذكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا
وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة في الكلب منها ان يكون معلما وان يذهب على سنن الارسال
وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان لا ياكل منه وخمسة في الصيد منها ان لا يكون
متقويا بانيابه ومخلبه وان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من بنات الماء سوى السمك وان يمنع نفسه
بجناحيه او قوائمه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه انتهى وذكرت هذه الشروط في النهاية وغاية
البيان ايضا نقلا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية ايضا وقال كذا في النهاية منسوبا الى الخلاصة

وقدح بعض الفضلاء في واحد منها تلك الشروط حيث قال قوله وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه
مستدرك بعد قوله وان يقتله جرحا انتهى اقول لا استدراك فيه لان الشرط الذي اريد بقوله وان
يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لا يحل اكله كما ستقف
عليه وكذا الشرط الذي اريد بقوله او يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل ان يصل
الى ذبحه اذ لو مات بذلك بعد ان يصل المرسل الى ذبحه لم يحل اكله اذا لم يذبحه المرسل كما ستعرفه ايضا ولا شك ان
اشتراط ان يقتله الكلب جرحا لا يغني عن اشتراط ان يموت الصيد بجرح الكلب قبل ان يصل المرسل الى ذبحه
لجواز ان يقتله الكلب جرحا بعد ان يصل المرسل الى ذبحه فلا يحل اكله فلا بد من بيان الشرط الاخر
ايضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا
شرط الاصطياد للاكل بالكلب لا غير على انه لو انتفى بعضه لم يحرم كما لو اشتغل بعمل لكن ادركه حيا
فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى اقول يمكن ان يعتذر عما ذكره في علاوته
بان الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصياد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب
والبازي والرمي وما صار مذبوحا بالذبح الاضطراري وما ادركه حيا فذبحه لا يكون صيدا محضا بل يصير ملحقا
بسائر ما ذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية
فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للاكل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد انتهى اقول الظاهر ان
مراد صاحب العناية بالاصطياد في قوله لان هذا شرط الاصطياد للاكل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان
حلالا فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح في التعبير
بناء على ظهور المراد ولا يبالى بمثله بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فانه راجعة
الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة
بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فتامل انتهى اقول لا يذهب عليك ان كلام
صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح
الذي حمله التفصيل في البيان فانه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من انواع الصيد وترك بيان شرائط
سائر انواعه بلا ضرورة داعية اليه قوله ولقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما مد التحريم
الى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه
استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة انتهى اقول لا نسلم ان مفهوم الغاية ليس بحجة
بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان
المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

فصل في الجوارح

قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لان آلة الصيد هنا حيوان

وفي الرمي جماد والحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا في الشروح **قوله** وفي الجامع
الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان
تدرك ذكوته قال صاحب العناية انما اورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك اعني فيما سوى المعلمة
من ذي الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات
والنفي جميعا انتهى **اقول** فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بان تخصيص الشيء بالذكر
في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدوري ايضا تدل على اثبات جواز الاصطياد
بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلم يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الاثبات لا غير اللهم الا ان يكون
مراده ان رواية القدوري تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفي ايضا واما
رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات والنفي معا لكن لا يظهر حينئذ في ايراد رواية الجامع
الصغير كثير نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت
اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير
والاسد والذئب والنقل اذا خص منه البعض يصير ظنيا فيتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول
فلذلك بلفظ لا بأس انتهى **اقول** فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس
العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول ان النقل الذي
خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد اشار اليه المصنف
بقوله فيما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به واما الاسد والذئب
فليسا بداخلين راسا في النص المذكور لانهم صرحوا بان الاسد والذئب لا يصلحان للتعليم
لانهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى ان تخصيص شيء
من شيء فرع دخوله فيه اولا فاذا لم يدخلا في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم
كون كل من تلك الثلثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل
دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر في علم الاصول ان العام الذي خرج منه
البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك واما اذا لم يكن موصولا به فيكون
قطعيا في الباقي ويطلق على مثل هذا الاخراج في عرف اهل الاصول النسخ دون التخصيص ولا
شك ان مخرج تلك الجوارح الثلثة من النقل المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لا
محالة فتبصر **قوله** والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه عطف على
الطيبات في قوله تعالى قل احل لكم الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف
المضاف كذا في الكافي والشروح **قال** صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران في النظم

لا يوجب القران في الحكم والجواب انه ذكره ثم لم يذكر الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل احل لكم
الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا احل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح معطوفا عليه لم يكن
ذكره على ما ينبغي انتهى **اقول** نظره فاسد وجوابه كاسد اما الاول فلان اشتراك المعطوف
مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة متقرر في علم النحو بلا ارتياب فيلزم في الآية المذكورة
الاشتراك في حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القران في النظم لا يوجب القران في الحكم ليس
بمناف لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه ان مجرد القران في النظم لا يوجب المقارنة
في الحكم بدون ان يتحقق امر مقتض للمقارنة في الحكم ايضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية
العطف واما الثاني فلان للسائل ان يقول انما يلزم منه ان لا يكون وما علمتم من الجوارح معطوفا
لا على احل لكم الطيبات ان لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان وما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله
تعالى يسألونك ماذا احل لهم ومن يقول ان القران في النظم لا يوجب القران في الحكم كيف يسلم
ذلك بل يقول يجوز ان يكون جواب ذلك قل احل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا
مسوقا لبيان حكم جديد ولافادة فائدة اخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز ان يكون
وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما امسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور
فالحمل عليها اولى انتهى **اقول** في تفريع قوله فالحمل عليها اولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد
على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا يخفى ان تعيين معنى
الآية او رجحان احد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى
تفريع قوله فالحمل عليها اولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور **قوله** والجوارح الكواسب
في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه
قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم **اقول**
لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة ان ليس مقصود المص بيان صحة تأويل دون
تأويل اخر اذ لا تنافي بين التأويلين كما سيجيء في الكتاب وايضا عموم حديث عدي لا ينافي
التأويل الآخر وهو ان يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقه ايضا فما معنى الاستدلال
بعمومه على صحة تأويل دون آخر فالظاهر ان مراد المص بقوله دل عليه ما رويناه من حديث عدي
انما هو الاستدلال على تناولها في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالمعنى دل على تناول
الكل ما رويناه من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد
لكن بقي شيء في كلام المص وهو ان المدعى جواز الاصطياد بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع
وذي مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول لكل

ما في المدعى ولا يخفى ان حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع
على تقدير ان يراد بالكلب المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف **قوله** لان ما تلونا من النص
ينطق باشتراط التعليم والحديث ورد بالارسال اقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا
بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه واما كون ما تلاه من الاية ناطقا باشتراط
التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى هنا وباشتراط الارسال ايضا فليس بظاهر
وانما يدلان على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الادلة الشرعية كما عرف
قوله ولان اية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه
واما الكلب فهو الوف عادة يعتاد الانتهاب فكان اية تعليمه ترك ما الوفه وهو الاكل والاستلاب قال
صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء
فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتفى اثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وزعم صاحب العناية انه
ليس بوارد حيث قال قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتاتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم
فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك
صحيح واذا اريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى هنا لفظه اقول ما قاله غير بارد وتوجيهه كاسد
لان اسم الكلب في الكتاب يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر انفا والظاهر ان المراد بالكلب في المدعى هنا
هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم ان يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد
في التعليل ايضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالمعتمد هو الاول
كما ذكر في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض الفضلاء بعد ان تنبه لما فيما قاله صاحب العناية من الركاكة
قال ولعل الاولى ان يجاب بانه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان اكثرها يستعمل منها في الصيد
الرنامع ان في طبع غيره الايلاف ايضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذا ربي من صغره في البيت فجعل
جوارح الطير جعل الكلب في حكم واحد في التعليم يعني ادير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره
فليتامل انتهى اقول ليس هذا ايضا بسديد اذ بعد ما تقرر ان الفهد والنمر مما لا يتاتى فيه الالف
بل هما متوحشان كالبازي لا يكون جعل انواع الكلب كلها في حكم واحد وادارة حكم التعليم على جنس الكلب
من باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد اذ يلزم اذ ذاك ان يحمل على المتوحش ما يحمل على الالوف
وهو غير متيسر لا محالة ثم اقول بقي شيء في التعليل الاول ايضا وهو انه قد ذكر في عامة المعتبرات
ان شمس الائمة السرخسي قال نا قال في شيخنا شمس الائمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل ان ياخذ ذلك
منه وعد منها انه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك فقد ظهر منه ان
تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي والكلب في التعليل الاول

هو ان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه ان مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى
في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتامل **قوله** وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط
الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجوارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين
وذلك لان النص اذا ورد وفيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تناف يثبت احدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجمع وان
لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذا بالمتيقن كما في قوله تعالى ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل
اريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح انهما مرادان لانه لا تنافي بينهما فكذا هاهنا لا تنافي بين الكسب والجراحة
كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فان قلت على ما قالوا يلزم عموم المشترك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى
وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوضيح حيث قال وفيه نظر لان الجرح اما ان يكون مشتركا بين الكسب
والجرح الذي يحصل به الجراحة او يكون حقيقة في احدهما مجازا في الاخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة
والمجاز عندنا مما لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في ارحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطئ الى هنا
كلامه اقول يمكن الجواب عنه بان مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه انه يجمع في الاعتبار
والعمل بين كلا محتملي النص المذكور من التاويلين لعدم التنافي بينهما وفيه اخذ بالمتيقن اذ يوجد في المجموع
كل واحد منهما فاتى منهما يراد في النظم الشريف كان ماخوذا في الاعتبار والعمل وليس مراده ان كلا
التاويلين يرادان معا بلفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات او الجمع بين الحقيقة
والمجاز وصاحب العناية لو فهم ان مراده هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجوارح الكاسب
يعني يجمع في معنى الاية بين التاويلين وكان حق التفسير ان يقال يعني يجمع في الاعتبار والعمل بين
التاويلين كما نبهت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية هنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز او عموم
المشترك لان الجوارح اما ان يكون حقيقة في الكواسب ومجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح اخص من الكواسب
فلو كان المراد الكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى اقول جوابه ليس بسديد لان كون الجوارح اخص من الكواسب
لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال اذ لا اشكال ان مفهوم الاخص يغاير مفهوم الاعم والا يلزم ان يكون الشيء
اخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان احدهما
اخص من الاخر ام لا الا بطريق الاشتراك او بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم احد المحذورين المذكورين في السؤال
قطعا على تقدير ارادتهما معا من لفظ واحد **قوله** وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي اقول في كلامه
هذا ركاكة لان ضمير هو في قوله وهو مؤيد ان كان راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من اسلوب تحريره يرد عليه ان حديث
عدي لا يفيد الفرق المذكور اصلا فانه انما يدل على انه لا يؤكل ما اكل منه الكلب ولا يدل على ان يؤكل ما اكل
منه البازي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى مضمون قوله فان اكل منه الكلب او
الفهد لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي ان يذكر عقيب قوله فان اكل منه الكلب او الفهد

لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله وان اكل منه البازي اكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام
قلقا كما لا يخفى **قوله** وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه فان قيل
روى ابو ثعلبة الخشني رضي الله عنه انه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وان اكل منه فكذلك دليل
واضح لهما اجيب بانه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم فان الامساك عليهم ان لا ياكل منه وهذا حين
اكل منه دل انه امسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان اكل منه فلا تاكل فانما امسك على نفسه
كذا في العناية اخذا من النهاية **اقول** يرد على هذا الجواب ان قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم انما يدل على اباحة
اكل ما لم ياكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحة اكل ما اكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف
في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما امسكن عليكم حتى يلزم ان يترك
العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر
كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الالزام ايضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر كون المنطوق اقوى منه
فلا يتحقق حكم التعارض عنده ايضا والحق عندي في الجواب عن اصل السؤال ان يقال حديث ابي ثعلبة معارض
بحديث عدي وحديث عدي مرجح على حديث ابي ثعلبة لان حديثه يحل ما اكل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد
عرف في اصول الفقه ان المحرم يرجح على المحل عند التعارض فيجعل ناسخا له فوجب العمل بحديث عدي دون حديث
ابي ثعلبة **قوله** ولا يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء قال صاحب
العناية اراد ما ذكر انه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى آخره **اقول** تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح
ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الى آخره روايتين لا غير رواية عن ابي حنيفة
وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عن ابي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف
الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور ان يكون مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب
ان مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء هو الاشارة الى ما ذكره فيما تقدم بقوله
ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة فحينئذ تتحقق
الروايات وينتظم صيغة الجمع كما لا يخفى **قوله** هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان
الحرفة قد تنسى **اقول** الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولانا فيما اجزنا الى آخره ان يكون المذكور
الى هنا دليلا تاما لهما فيرد عليه انه لو تم لدل على ان لا يثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز من المغانم
ايضا لجريان هذا الدليل في ذلك ايضا مع انه يثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل
فتامل **قوله** وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل من الصيد والشرط ترك الاكل
من الصيد فصار كما اذا افترس شاته قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين ما وثب فاخذه من صاحبه
واكل وبين ما اكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية باخذ صاحبه جاز ان يخرج ايضا بقتله

واجيب بانه اذا لم يتعرض بالاكل حتى اخذه صاحبه دل انه كان ممسكا على صاحبه وانتهاشه منه وخرج لحم
في مخلاة صاحبه سواء واما اذا اكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه **اقول** هذا الجواب
لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها نقض ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من انه ما اكل من
الصيد بما اذا اكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل يتمشى في صورة القتل ايضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية
باخذ صاحبه يخرج ايضا بقتله فلم يتحقق الاكل من الصيد في الصورتين معا مع انهما مفترقان في الحكم
وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة اخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليك ان ذلك
لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد احسن صاحب النهاية ههنا في التقرير حيث
قال فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا اكل الكلب من الصيد بعد ان قتله قبل ان ياخذ الصائد حيث لا يؤكل في
هذه الصورة وهي ما اكل منه بالوثبة بعد اخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لانه ما اكل من الصيد شامل
للصورتين ومع ذلك افترقتا في الحكم والاوجه فيه هو ان الفرق انما نشأ بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه
وعدم الامساك له فههنا اعني في مسئلة الوثبة لما لم ياكل من الصيد الى ان اخذه صاحبه قد تم امساكه على صاحبه
وهناك لما اكل من الصيد بعد قتله قبل ان ياخذه صاحبه علم انه انما امسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من ان يكون
معلما انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجها آخر فارقا بينهما
وعده اوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم **اقول** التحقيق ان المطالبة بالفرق بين تينك
المسئلتين ساقطة عما ذكر في الكتاب ايضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه
المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو ان الصيد اسم لمتوحش
غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل ان يحرزه المالك فما بقي شيء من آثار الصيد ولوازمه
بقي حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا اكله بعد ان قتله قبل ان ياخذه الصائد فتامل تفهم
قوله وان ادرك المرسل الصيد حيا وجب عليه ان يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم
اعلم ان قوله وان ادرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم
زيادة من المصنف **فاقول** هذه الزيادة من المصنف ههنا امر لا يستغنى عنه جدا عندي اما قوله وكذا البازي فلانه
لان قول القدوري وان ادرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه
بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه له واما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجيء في باب
الرمي منفصلا الا يرى الى قوله هناك واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات وان ادركه
حيا ذكاه انتهى فلا حاجة اليه ههنا **قوله** وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل
والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه قال صاحب النهاية والكفاية اراد بقوله ما قررناه قوله
لانه ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية اشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما **اقول**

الحق ما قاله الشارح ان الاحيان لانه قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحل اكل ما شق
بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق احد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح
وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كليهما مما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لانه
لا معتبر بهذه الحيوة تعليل الحكم احدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم ان يريد بقوله في تعليل
هذا التعليل على ما قررناه ما يعمهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل لحل اكل ما بقي فيه من الحيوة
مثل ما يبقى في المذبوح لا فوق ما يبقى في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحيوة فوق ما يبقى في المذبوح مما لا يعيش
فوق ما يعيش المذبوح فينتظم الاشارة اليه هنا بقوله على ما قررناه تدبر تفهم **قوله** ووجه ان الفعل
يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لكن ان
نقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل يكفي المشاركة في اثبات الحرمة او شبهها انتهى اقول ليس هذا بوارد لان
الارسال اصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركا للاصل في ترتب الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسئلة
السابقة حيث قال لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا للفعل لانه
بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة
في اثبات الحرمة او شبهها بل لا بد من ان يكون اللاحق وهو الزجر هنا اقوى من السابق او مساويا له حتى يرفع
به السابق واما اذا كان ادون منه فلا تاثير له في الحكم وقد اشار اليه المص في تعليل المسئلة اللاحقة حيث
قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل انتهى قال في العناية
ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء واجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه
اوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى اقول للقائل ان يقول
هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم
اذا زجر كلب حلال عند ارساله تقرر ان ينتقض به الاصل الذي ذكر وهو عدم اعتبار الزجر عند
الارسال لكون الزجر دون الارسال ويمكن ان يقال المراد من الجواب المذكور ان الاصل الذي ذكروه انما هو
على موجب القياس ووجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس
بناء على ان القياس ترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس تفكر **قوله**
وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الانفلات قال جمهور
الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى اقول ليس هذا
بشرح سديد عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو
مشروط في حله او بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة او بما هو مثله
فيها كما في نسخ الآى فالوجه هنا ان يقال يعني ان الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف في تعليل

المص اياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح
ناسخا بمنزلة الصيح فيما قلناه تبصر

فصل في الرمي

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع
في بيان حكم الآلة الجمادية وقدمه وجه تقديم الاول **قوله** والظبي الموثوق بمنزلته قال اكثر الشراح
منهم صاحب العناية اي بمنزلة الآدمي اقول هذا التفسير ليس بجيد اذ الظاهر ان الظبي الموثوق
بمنزلة الحيوان الاهلي دون الآدمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت
المراد بكون الظبي الموثوق بمنزلة الادمي مجرد غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا
محذور في جعله بمنزلة الادمي قلت لو كان مراد المص هذا المعنى لقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت
والظبي الموثوق بمنزلته اذ لا فرق اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير
الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثوق بمنزلته علم ان المراد ليس مجرد ان لا يكون صيدا بل
الاشتراك في بعض الاحوال ايضا فالوجه في تفسير قول المص والظبي الموثوق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث
قال اي الظبي المقيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوي البيوت انتهى **قوله** واذا وقع السهم
بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل
قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد ان لا يتوارى عن بصره فقال
لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما اصميت
ودع ما انميت والاصماء ما رايته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على ان الصيد يحرم بالتوارى وان لم
يقعد عن طلبه انتهى اقول ليس الامر كما زعمه الزيلعي فان الامام قاضيخان لم يجعل في فتاواه
من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من شرطه ذلك احد الامرين عدم التوارى عن بصره
وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع ان لا يتوارى عن بصره او لا يقعد
عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد
بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رايته والانماء
ما توارى عنك انتهى ولا شك ان قوله والسابع ان لا يتوارى عن بصره او لا يقعد عن طلبه نص على ان
الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود
عن طلبه معا واما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر ان
المراد به انه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سباق كلامه واما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر
فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التوارى مطلقا
حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد اشار اليه المص بقوله الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في طلبه
ضرورة انه لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله

وذكر في الشروح والكافي انه عليه السلام مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر اصحابه اليه فقال عليه السلام
دعوه فسياتي صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتي وانا في طلبها وقد جعلتها لك فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ابا بكر فقسمها بين الرفاق **قوله** وان وقع على الارض ابتداء اكل قال في الغاية اخذا من النهاية يعني اذا لم
يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء انتهى **اقول** هذا التقييد مستغنى عنه
بالكلية هنا اذ الظاهر ان الوقوع على نحو حد الرمح القصبة المنصوبة ليس بوقوع على الارض ولهذا جعل المص
الاول قسيما للثاني فيما سيجيء وعد الاول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل ان يتناوله
قوله هنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصبة المنصوبة حتى يحتاج الى ان يقال يعني اذا
لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجيء **قوله** وان لم يكن مدميا فكذلك عند
بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم **اقول**
يرد على ظاهر هذا التعليل انه تقرر في كتاب الذبائح ان المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح
في اي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار اليه عند العجز عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبة و
اللحيين وان في كل من الذبحين اخراج الدم لان الاختياري اعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبسا
لضيق المنفذ او غلظ الدم لا يقتضي حل اكل المجروح بالرمي بدون الادماء بل يقتضي حرمته بناء على عدم حصول
المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل ان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم
فلا يمكن اخراجه ففي اعتبار الادماء حرج فاكتفي بما هو سببه في الغالب وهو الجرح تامل **قوله** وعند بعضهم
يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار **اقول** لما نعم ان يمنع
دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بمفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن صاحب الغاية بوجه اخر
حيث قال وهذا ضعيف عندي لانه كما شرط الانهار شرط فري الاوداج ايضا وفي ذكوة الاضطرار لا يشترط
فري الاوداج فكذا لا يشترط الانهار انتهى **اقول** ليس هذا بسديد لان عدم اشتراط فري الاوداج
في ذكوة الاضطرار للعجز عنه ولذا تم الجرح في اشتراطه وهذا غير متحقق في الانهار اذ لا عجز عن الجرح بلا
ثم ان الجرح لا ينفك عن الانهار في الغالب فلا حرج في اشتراط الانهار على راي ذلك البعض فافترقا **قوله**
ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو
المبان بهذه الصفة قال الشراح يعني انه ذكر الحي مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل
هو الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة اي بين من الحي حقيقة وحكما **اقول** المقدمة القائلة
ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة في السنة الفقهاء وكتب اصحابنا لكنها مخالفة في الظاهر لما تقرر في اصول
ائمتنا من ان حكم المطلق ان يجري على اطلاقه كما ان المقيد يجري على تقييده فتامل في التوفيق **قوله** قال
رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يحو منه يسلم الصيد منه الى اخره

اقول لقائل ان يقول تاويل المسئلة هنا بما ذكره بعده انما قد مر فيما قبل بقوله وهذا اذا
كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التاويلين متعلق بمسئلة واحدة
مذكورة في مختصر القدوري وهو قوله وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن
لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته انتهى فلما اول المص قوله لم يؤكل بما اذا كان الرمي الاول بحال ينجو منه الصيد
تعين ان يكون ايضا قوله والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان الرمي الاول
بحال ينجو منه الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يؤكل فما هو شرط في الاصل شرط في الفرع
ايضا واذا علم ان الرمي الاول كان بحال ينجو منه الصيد علم ان القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة الى التاويل
الثاني ثم **اقول** في الجواب ان كون الرمي الاول بحال ينجو منه اي يقتضي ان لا يحصل القتل بالرمي الاول
فقط ولا يقتضي ان يحصل القتل بالرمي الثاني وحده لجواز ان يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة
الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد ومراد المص بالتاويل الثاني التقييد بما علم كون القتل حاصلا بالرمي الثاني وحده
والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدرى ولا يفيد التاويل الاول
هذا التقييد لان القيد الذي ذكره اولا اعم تحققا من القيد الذي ذكره ثانيا لتناوله صورة ان يحصل القتل من
الرميين كما يتناول صورة ان يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التاويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرمي
الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا كان الرمي الاول بحال لا
يبقى منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدراك اصلا بل لا بد من
كل من التاويلين محرر

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال كذا في الشروح
اقول يرد على ظاهر هذا التوجيه ان المناسبة المذكورة متحققة بما ذكر في كثير من الكتب السابقة
واللاحقة فلا يكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب ان المراد ان هذه المناسبة مع الاخذ
المناسبات المذكورة في الكتب السابقة واللاحقة تقتضي ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والا يلزم تفوت
تلك المناسبات فيكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة في نظاير هذا المقام فلا
تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الداين والمديون كما فصل في النهاية ومعراج الدراية
وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعلق البقاء المقدر بتعاطيه واما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط
جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فسيجيء كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا صريحا واشارة
فننبه له في مواضعه ان شاء الله تعالى **قوله** الرهن في اللغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة
جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام او
اللازم والا ففي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى **اقول** ليس هذا بسديد

اذ لاشك انه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوسا بحق الا ان للعاقد الرجوع عنه مالم يقبض
المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض والماخوذ في التعريف
المذكور في الكتاب للرهن انما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه
ايضا بلا ريب ثم ان الامام النسفي لما قال في الكنز هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين قال الزيلعي
في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه
من الرهن لعدم تعينه انتهى اقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف في قوله كالدين ان يجوز الرهن بغير الدين
ايضا فان لم يكن في قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين ايضا فلا اقل من ان لا يكون فيه اشارة الى انحصار
ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي وقوله كالدين اشارة الى ان الرهن لا يجوز الا بالدين قوله
الرهن ينعقد بالايجاب والقبول قال في العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك
علي وما اشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة
المشايخ انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بانه قال هذا منقوض
بعقد التبرعات وقال الا ان يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع اقول ليس شيء من ايراده وتوجيهه
بمستقيم اما الاول فلان من يقول من المشايخ بان انعقاد عقد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول
بان الامر كذلك في سائر عقد التبرعات ايضا واختلاف المشايخ في ان القبول هل هو ركن كالايجاب ام لا ليس
بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات ايضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر في اوائل كتاب الهبة فلا انتقاض
بشيء على اصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن في كل عقد وقول القدوري الرهن ينعقد بالايجاب والقبول وتعليل
صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول مبني على اصل هؤلاء المشايخ واما قول سائر المشايخ
فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع واوضحه صاحب العناية في شرحه واما
الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لان عقد الرهن عقد غير تبرع وكل عقد غير تبرع
ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك ان الصغرى حينئذ كاذبة اذ لم يقل احد بان عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل
المثبت كما تهم على انه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع قوله قالوا الركن الايجاب بمجرده
لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل
ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما اثبت للمرتهن
من اليد شيئا عليه ولا نعني بالمتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر
لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب ان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء
والرهن ليس كذلك انتهى اقول في الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيئا على المرتهن ابتداء
فقد استوجب عليه شيئا في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد

[illegible]

تبرع

تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن في يده
فينبغي ان لا يتم بايجاب الراهن وحده بل لا بد ان يتوقف على قبول المرتهن ايضا حتى يتم جعلنا اياه مستوفيا
لدينه حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتامل قوله والقبض شرط اللزوم على ما
نبينه قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم
وهو ايضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال
الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا
وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا الى
هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب
الهبة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة
فليكن هنا كذلك فليتامل انتهى اقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعتنا الضرورة هناك الى صرف نفي الجواز
عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هناك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه
الصلوة والسلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له
واما ههنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو
موجب النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن ثبوت الملك للمرتهن بحال اصلا فبقي نفي الجواز هنا على ظاهره
قوله ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب اي فاضربوها
وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اي فليحررها وقوله تعالى فعدة من ايام اخر تقديره فصوم عدة من ايام
اخر اي فليصم عدة من ايام اخر فكان المصدر فيما تلوناه ههنا ايضا وقوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى
الامر اي فارهنوا او فارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بموجب الامر الذي هو الوجوب في اللزوم
في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب ان يعمل به في شرطه وهو القبض كما
قلنا في قوله عليه الصلوة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس
البيع لان البيع مباح غير واجب فصرفناه الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربوا فكذا هنا هذا زبدة
ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا
فقال صاحب النهاية ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل
والحبال هكذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو تمحل
متمحل لتصحيح ما في الكتاب بقوله تقديره فرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف في
بمنزلة التانيث فقال المصدر المقرون بحرف الفاء او الرهان لما كان مسندا على قول صاحب الكتاب
كان ارادة المرهون به جائزة كالرهن يراد به المرهون ثم انث المرهون بتاويل السلعة او العين

فقيل مقبوضة بالتانيث كما يؤنث الصوت بتاويل الصيحة لكان وجها بعيدا اذ في الاول عدول الالتباس وفي
الثاني لا يبقى المصدر حقيقته والله تعالى اعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمى صاحب الهداية
الرهان مصدرا كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولنا فيه نظر لانه
خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان جمع رهن وجمع الرهن
رهون ورهان ورهن بضمتين والرهينة بمعنى الرهن ايضا وجمعها رهائن نعم الرهان يجيء مصدرا من قولهم راهنه
على كذا اي خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الاية
لم يحتج في صفة الرهان الى تاء التانيث فافهم الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر
لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتانيث دال على انه جمع وليس بمصدر
وانما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله اعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب معراج الدراية
وفي النهاية في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا في كتب اللغة ويدل
عليه قوله مقبوضة بالتانيث فدل انه جمع لا مصدر قال وفي الفوائد الشاهية يجوز ان يكون الرهان
مصدرا من باب المفاعلة كالقتال والضراب ومقبوضة صفة الموصوف محذوف وهو فرهان مرهونة مقبوضة
وانث المرهون بتاويل السلعة والعين كما يؤنث الصوت بتاويل الصيحة ويجوز ان يكون الرهان مقام مصدر
محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا تقديرا لا تحقيقا الى هنا كلامه واما صاحب العناية فقد
ما استشكل امرا هنا وتعجب منه حيث قال قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن ثم قال والجواب
عنه انه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما
في سيل مفعم انتهى اقول منشأ مجازفته هذا الغفول عما ذكر في كتب اللغة وكتب التفاسير لان كون
الرهان جمع رهن امر مقرر واما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن
المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما اخذ منك والجمع
رهان ورهون ورهن بضمتين وقال في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال في تفسير القاضي
رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون وكذا في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان
مجازا عقليا خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتفية في الاية المزبورة اذ يتم المعنى
ويحسن جدا بحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذاك حقيقيا
فما معنى العدول عنه وبناء استدلالنا بتلك الاية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه فحول المفسرين ثم ان
تمثيله المجاز العقلي الذي ذهب اليه هنا بسيل مفعم قبيح جدا فان المفعم اسم مفعول اسند الى الفاعل كما عرف
في موضعه وليس مما اسند الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه فالمناسب في التمثيل هنا ان يقول كما في شعر
شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم اقول الوجهان اللذان ذكرت في سائر الشروح لتصحيح ما في الكتاب كلاهما ليسا

الظاهر وخلاف ما عليه جمهور المفسرين فالانصاف ان التمسك بهذا لا يفيد القطع ولا الالزام على الخصم ولكن
الاقرب والاشبه من بينهما ان يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على ان يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفا
كما في قوله تعالى فعدة من ايام اخر فان التقدير فيه فصوم عدة من ايام اخر تامل ترشد **قوله** ثم يكتفى فيه
بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع قال بعض الفضلاء هذا منقوض بعقد
الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكفي التخلية مع جريان الدليل الا ان يثبت رواية كفاية التخلية فيها
وكونها مختار المصنف انتهى اقول الجواب عن هذا النقض هين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم التقابض
في الصرف انما ثبت بالنص وهو قوله عليه السلام يدا بيد كما تقرر في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن
فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس **قوله** وعن ابي يوسف
انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب قال صاحب العناية فيه نظر لان
القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند
الهلاك فينتفي التبرع انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التبرع في الرهن غير جهة الضمان فيه
فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك وجهة الضمان فيه
عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا
لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم ان لو كانا من جهة واحدة وليس فليس
والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سيأتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على
مسئلة انه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه **قوله** فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا
تم العقد فيه قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قد ثبت ان القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة
ان المنصوص معتنى بشانه وذلك يقتضي الكمال والكامل في القبض هو ان يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب
ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول هذا البسط والتقرير يقتضي ان لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن
بل يجب ان يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون اذ لا شك ان الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقرر
في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات **قوله** لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى
كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا قال
في العناية قيل الدوام انما فهم من قوله لا فكاك له لا من لفظ الرهن واجيب بانه لما دام وتابد بنفي الفكاك
دل انه ينبئ عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات موجبه
تنبيها ان اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى اقول السؤال والجواب في الاصل لتاج
الشريعة لكن الجواب ليس بتام عندي لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك لما دام بنفي ما يعترضه ممنوع فان
ما يعترضه اذا كان مناقضا لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه او امرا خارجا عنه

والا يلزم ارتفاع النقيضين معا وما نحن فيه كذلك اذ لا شك ان فكاك الرهن ينافي دينا فمن دوامه يلزم
من نفيه تحقق دوامه فان كان دوامه مما لم يوجبه نفسه بل كان بسبب خارجي فلم يثبت في البيت المزبور
انبا لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز ان يكون انفهام ذلك من نفي فكاكه تامل تفهم قوله واما
كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا يعني اذا ثبت
ان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد
حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا ادى
الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربوا كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول نعم لو استوفاه
ثانيا ادى الى الربوا ولكن اذا لم يستوفه ثانيا اصلا يؤدي الى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة
والتادي الى ضياع حق المسلم محذور شرعي ايضا فما الوجه في ترجيح اجتناب هذا المحذور على اجتناب
محذور الربوا فتامل في الدفع قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها
فانه يصح الرهن بها ولا دين يعني يرد على هذا اللفظ اي على لفظ القدوري وهو قوله ولا يصح الرهن
الا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها اي الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة
بانفسها وهي ما يجب مثله عند هلاكه ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كالمغصوب والمقبوض
على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها واجاب المص عن هذا الاشكال
بقوله ويمكن ان يقال الى اخره كذا قال الشراح قاطبة وعبارة صاحب غاية البيان بعد ان وافق سائر
الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لا يرد على القدوري الاعتراض راسا لانه لا
ينفي صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر ههنا
على الدين لان الغالب في الرهن ان يكون بالدين وما كان يرهنها اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر الى هنا
لفظه اقول لا ينبغي لمن له ادنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح ان يقول ان القدوري
لم ينف في مختصره صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بعد ان راى ما في لفظه وهو قوله ولا
يصح الرهن الا بدين مضمون من اداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النفي والاستثناء وانما
يصح ما قاله الشارح المزبور لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان
لفظه ولا يصح الرهن الا بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي
شيئا في دفع الاشكال الوارد على لفظه في مختصره وقد تداركه المص بقوله ويدخل على هذا اللفظ واما
حمل القصر الواقع في لفظ المختصر على القصر الادعائي فبمعزل عن مساعدة هذا الفن اياه فان مجرد
تخصيص الشيء بالذكر في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فما ظنك
بدلالة اداة القصر على ذلك قوله ولهذا تصح الكفالة به قال في العناية واعترض بان صحة الكفالة

لا

لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلي دون الرهن واجيب
بان قوله ما ذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح ان يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب
وجوبه او دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن
فيه انتهى اقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ولهما وجه صحة واما قوله ويصح ان يقال الى آخره
فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة اذ المراد
من الاول في قوله فليس كلامنا فيه ليس بشيء لان عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل يعينه
فان مقصوده القدح في قول المص ولهذا تصح الكفالة به بان صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن فان
الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز ان تصح
الكفالة بالعين المضمون بنفسه ايضا الذي كلامنا فيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة
الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى ان عدم كون كلامنا في الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع
الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما اشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب
لم ينعقد سبب وجوبه وان قوله ما ذاب لك على فلان فعلي اضافة الكفالة الى ذكر الدين لا عقد كفالة
منجزة ومراد المص بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال قوله
ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض اقول هذا التنوير لا يتم الا في قول ابي يوسف فان المعتبر عند ابي حنيفة
قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما عرف تفصيله في صدر كتاب الغصب مع ان صحة الرهن
بالاعيان المضمونة بانفسها على قول ائمتنا جميعا فلا يتم التقريب الا على قول ابي يوسف وليت
شعري لم لم يتعرض لهذا احد من الشراح قوله فهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين قال
الشراح وقع في بعض نسخ القدوري باقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المو
واحد منهما المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل مررت باعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم غيرهما ولو
قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو
اقلهما لا امر ثالث ثم ان تاج الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر
حيث قال والمعنى فيه ان كلمة من في قوله الاقل منهما للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذ الاقل مع منهما
معرفتان بخلاف اقل منهما لان اقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تتناول النكرة انتهى كلامه
اقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم ان المعرفة لا تتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو
مقتضى من التبعيضية نعم ان المعرفة والنكرة لا تتحدان لان مدلول المعرفة شيء بعينه ومدلول
النكرة شيء لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان واما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة
فيه اصلا بل هو شائع مستعمل الا ترى الى قولنا واحد منهما او جزء منهما او بعض منهما يكون كذا فانه

صحيح بلا ريب وشائع مستعمل مع ان كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة ها في منهما معرفة ومن للتبعيض على
ان الوجه المذكور للفرق بين ان يكون اسم التفضيل معرفا وبين ان يكون منكرا انما يتمشى فيما اذا كان مدخول كلمة من
معرفة ولا يتمشى فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لا يلزم اذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلا لو كانت العبارة فيما نحن
فيه اقل من قيمته ودينه لزم ان لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا وذكر بعض الفضلاء
وجها آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال اذ يكون من في المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل باحد
الاشياء الثلثة ويكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو قال
وفيه بحث اذ قد يحذف من اللفظ وههنا ايضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى اقول الحق
في الفرق ما قاله ذلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر في علم النحو انه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون
احد الاشياء الثلثة الا ان يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله تعالى يعلم السر واخفى وقولنا الله اكبر
وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير ان ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء
كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع لانا الآن بصدد بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يتبين من قبل
في موضع آخر فمن اين حصلت الشهرة كيف ولو تحققت الشهرة في مسئلتنا هذه بحيث جاز بها ترك ما لا بد
منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وبيانها ههنا بالكلية قوله لانه صار دينا بالبيع
بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين قال بعض الفضلاء فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين
غير صحيح فكيف يثبت الحكم في الفرع قياسا عليه انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان مراد المصنف تعليل الحكم
ليس اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المزبور بل مراده بيان ان حكم
الرهن يبقى في الدين الذي صار خلفا عن العين المبيع بامر الراهن لان الاصل كان صالحا لان يكون رهنا فكذا الخلف
تبعا وان لم يصلح الدين للرهنية اصالة فكم من شيء يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت اصالة وقصدا فقوله فصار كان الراهن
رهنه وهو دين اشارة الى معنى الخليفة لا الى القياس وهذا مع ظهوره لكل متامل متقن قد صرح به كثير من الشراح
حيث قالوا فان قيل لو رهن الدين ابتداء لا يصح لانه لا يكون محلا للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين
لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان مالا لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعا لا مقصودا انتهى قوله
فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء
بعد استيفاء فيجب رده قال في العناية وطولب بالفرق بينه وبين ما اذا ارتهن عبدا بالف درهم وقبضه
وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن او ابراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير ان يمنعه اياه
فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وتقرر بالهلاك فصير به
مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة بعد الابراء وفي الاستيفاء حقيقة بعد الابراء
يرد المستوفى فيجب ان يكون ههنا كذلك واجيب بان الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك

الاستيفاء

الاستيفاء يتقرر مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد واما الابراء
فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو انتهى اقول في خاتمة
هذا الجواب خلل لان قوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو لغو من الكلام ههنا لان الابراء في مادة النقض من
الراهن ولا شك ان الراهن ممن عليه الدين وكذا الابراء فيما نحن فيه ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحيحا فلا يتمشى
قوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو فيما نحن فيه فان قلت مراده ان يد الاستيفاء لما ثبت للمرتهن بعقد الرهن
وتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء
متقدما على الابراء في الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت الابراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الابراء
فيما نحن فيه اسقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو قلت لو كان لهذه
الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الابراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن
لثبوت يد الاستيفاء له بقبضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الابراء لغوا على الفرض مع انه لا يجب عليه الضمان
فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسئلة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق في الجواب
عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يجب باعتبار القبض والدين
جميعا لانه ضمان الاستيفاء ولا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالابراء عن الدين انعدم احد المعنيين
وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام احدهما الا يرى انه لو رد الرهن سقط
الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا ابرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء
القبض وهذا بخلاف ما لو استوفى الدين حقيقة لان هناك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان
ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء وحصول المقصود بالشيء يقرره ويمتنه واذا بقي الدين حكما بقي ضمان
الرهن وبهلاك الرهن يصير مستوفيا فتبين انه استوفى مرتين فيلزمه رد احدهما واما بالابراء فيسقط
الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام احد المعنيين الى هنا لفظ النهاية وسيجيء نص المصنف في آخر كتاب الرهن
ما يطابق ذلك في الفرق بين تينك المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي ان لا يبقى الرهن
مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بقي احتمال استحقاق الحبس
لاحتمال ان يستحق المؤدى ومع ظنه انه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى ورد صاحب
العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما
اذا لم ينشأ عن دليل انتهى اقول الحق في الجواب عن اصل السؤال ان يقال الدين لا يسقط بالقضاء
كما لا يسقط بالابراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله ولكن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح
به المصنف في آخر كتاب الرهن اثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن الراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن
الراهن فاذا بقي الدين بعد قضائه فيبقى حكم الرهن ايضا ما لم يسلم الى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك

الى ان يسلم الى الراهن تأمل تقف

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال **قوله** ولا يجوز رهن المشاع قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا وما نحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه اقول فيه ان قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو مفسد اذ الظاهر انه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح اذ لا شك ان ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي ان لا يكون المقابل به مضمونا بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضمونا ايضا كما لا يخفى ثم لا شك انه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك امر متحقق سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن او شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وقد زعم بعض الفضلاء ان قوله بناء على ان القبض الخ علة لقوله لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه يعني ان الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى اقول ليس هذا ايضا بصحيح لانه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يأبى جدا كون قوله بناء على ان القبض الخ علة لما قبل ذلك لا يصح بناء ان الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع فان مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما اذا انعقد العقد بصفة الفساد ايضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن ان يكون الرهن مالا وان يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كل ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو ان الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا اصلا كالباطل من البيوع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن ان يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا انه فقد بعض شرط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا او لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن اصلا انتهى فتدبر **قوله** والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا اقول لقائل ان يقول ان اراد بقوله انه لم يشرع الا مقبوضا ان عقد الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في

كتاب

كتاب الرهن من ان القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه وان اراد به ذلك انه لم يلزم الا مقبوضا لا يتم التقريب اذ الكلام هنا في عدم جواز رهن المشاع لا في عدم لزومه فتامل في الدفع **قوله** او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي بيناه قال صاحب النهاية وهو قوله ويكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجرته انتهى واقتفى اثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله ويكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجرته اقول علل المصنف فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجرته انتهى فليت شعري ما حمل هؤلاء الشراح على حمل قول المصنف هنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط دون مجموع العلتين كما هو الظاهر او على العلة الاولى لتقدمها في الذكر هناك والعجب من صاحب العناية انه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام اي كل ما مر من قوله الا مقبوضا بالنص وبالنظر الى المقصود يتعلق بالدوام وقال اما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد لربما يجحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل فتبصر **قوله** بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته قال في غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض لا بما سمى قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو اخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمى من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما اطلق جريا على العادة اذ الظاهر ان يساوي الرهن الدين انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمى من القرض يتمشى ايضا فيما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق ان يقال في البيان هذا اذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض او كانت قيمته اكثر من ذلك واما اذا كانت قيمة الرهن اقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر هنا قوله حيث يهلك بما سمى له من القرض في صورة الاطلاق جريا على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين او اكثر من ذلك **قوله** ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا قال جمهور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله اقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي ان يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع الا يرى ان راس المال في المسألة الاولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع ان هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمسلم فيه دون الثمن فالصواب ان مراد المصنف بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره يعني ان هلاك المرهون بما هو الاصل يعني انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره ايضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسألة الثانية

نظير المسئلة الاولى تأمل تفهم **قوله** وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه قال صاحب الغاية اى كان الاب
والوصى يضمنان للصبى اذا هلك عبده الذى رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سلطا المرتهن على بيعه فباعه
انتهى **اقول** ليس هذا بشرح صحيح اذ يأبى عنه سباق قول المص فى التعليل لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه فى الحقيقة
ان مراد المص هنا هو ان الاب والوصى كما يجوز لهما ان يرهنا بدين عليهما عبدا للصغير كذلك يجوز لهما ان يسلطا
المرتهن على بيع ذلك العبد فح ينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المص قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا
المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد مما لا بد منه بل كان عليه ان يزيد
على ذلك القيد شيأ آخر وهو ان يقول واخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عينه
ولم يتلف لما يضمنان للصبى شيأ لانهما يملكان رهن مال الصبى بدين عليهما ويملكان التوكيل ببيع ماله فمن اين
يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذا لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل
المبيع **قوله** وهو تاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة فى حقه الحاقا له بالاب **قلت** قوله الحاقا له بالاب علة المنفى
دون النفى تأمل تقف **قوله** ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين
قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير
وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح هنا **اقول** فيه بعد عما يتحمله كلام المص فان الذى ذكره المص فيما قبل
انما هو رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه ولدين على الصغير دون رهن الوصى اياه فالظاهر ان الضمير فى قوله
ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فيخرج رهن الوصى ايضا فى بيان مراد المص
هنا الا فيما يناسب سباق كلامه وايضا قال المص فيما بعد وكذلك الوصى وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب
او وصى الاب ولا يخفى ان هذا العطف او التشبيه يقتضى ان يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصى فى مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق فى شرح هذا المقام ما ذكره صاحب
الغاية حيث قال اراد به ما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية
فى بيان وجه قول المص لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد
ملك بدينهما لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء المركب جاز ان يثبت للكل دون العكس انتهى
اقول فى هذه الكلية منع ظاهر الا يرى ان انسانا او فرسا يطيق تحمل كل واحد من اجزاء البيت
المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطيق مقابلة كل واحد
من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر معا وهذا فى الامور الخارجية واما فى الاحكام
الشرعية فكما انه يجوز لرجل ان يجامع كل واحدة من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح او بملك
يمين ولا يجوز له ان يجمعهما معا فى الجماع بشىء من ذينك السببين ولعل سائر الشراح وصاحب الكافى
تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا فى البيان والتعليل وذلك لانه لما ملك ان يرهن بدين كل واحد منهما على

كان الاظهر ان يقال بدين عليهما او [illegible] على الصغير الا ان [illegible] التناول [illegible]

على الانفراد فكذلك بدينهما فلم يزيدوا على هذا المقدار شيأ لكن لا يخفى على الفطن المتأمل ان تعليلهم المذكور
بدون تلك الكلية لا يفيد الشفاء فى اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية
الواقعة فى كلام صاحب العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز ان يثبت لكل واحد من اجزاء
المركب جاز ان يثبت للكل بان قال اذا لم يمنع مانع كما فى الجمع بين الاختين وسائر ما لا يجوز الجمع بينهما
اقول هذا التقييد يخل بالمقام اما اولا فلان التعليل المذكور لا يتم اثباتا للمدعى ح
فان عدم تحقق المانع فيما نحن فيه اول المسئلة اذ لو كان بينا فى نفسه لما احتيج الى ذكر جواز
رهن الاب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد ان ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه بكل
واحد منهما واما ثانيا فلانه لا يتم ح قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت للكل يجوز
ان يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع سيما فى الامور الحكمية **قوله** ولهذا قال فى كتاب الاقرار اذا اقر
الاب او الوصى بغصب مال الصغير لا يلزمه شىء لانه لا يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ واورد
عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون اقرارا بالاستعمال فى حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه
انتهى **قوله** ليس فى ذلك شىء فان الاستعمال فى حاجة نفسه ليس بداخل فى حقيقة الغصب ولا
من لوازمه لان الغصب فى اللغة اخذ الشىء من الغير على سبيل التغلب وفى الشريعة اخذ مال متقوم محترم
بغير اذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك كله فى صدر كتاب الغصب ولا شك فى عدم دخول الاستعمال
فى حاجة نفسه فى شىء من معنى الغصب ولا فى عدم لزوم شىء منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال
فى حاجته **قوله** وفى الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه
قال فى العناية وانما اتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء
لعل فيه ان لا يخفى ان رواية القدورى ايضا محتاج الى التفصيل انتهى **اقول** هذا الكلام لغو
اذ لا يخفى ان رواية القدورى ليست بمحتاجة الى تفصيل تحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس
مراد صاحب العناية ان رواية الجامع الصغير محتاجة الى التفصيل حتى يقال ان رواية القدورى محتاجة
ايضا محتاجة الى ذلك بل مراده ان رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج
اليه رواية القدورى كما اتمه المص فى مقدار تمام ما بقى من الورقة وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله
الى تفصيل ذكره فلعلها ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى **قوله** والفرق لمحمد رحمه الله قال صاحب الغاية
اى على تقدير ان يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقتفى اثره فى هذا التفسير جماعة من
الشراح منهم صاحب العناية **اقول** لم ادر كيف ذهبوا الى هذا الشرح مع ظهور بطلانه
اذ قد صرح المص بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة فى تلك
المسئلة لان محمدا فيها مع ابى حنيفة وفى هذه المسئلة مع ابى يوسف وذكر الشراح ان بناء

كان الاظهر ان يقول [illegible]

هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن ابان ان محمدا مع ابي يوسف آخرا في تلك المسئلة ولا يخفى ان الفرق
لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن ابان فيها
فان قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد بينهما في البناء قطعا والصواب في شرح هذا
المحل ان يقال اي على تقدير ان لا يكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة
فيها بل كانت مسئلة مبتداة كما هو الاصح على ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح
هنا وينفتح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا اتى في
الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علم بالزيافة فانه سقط دينه ولا شيء
عليه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد اولا كقول
ابي حنيفة وآخرا كقول ابي يوسف كذا ذكره عيسى بن ابان والاصح ان هذه مسئلة مبتداة لان محمدا
مع ابي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع ابي يوسف في هذه المسئلة والفرق لمحمد انه قبض الزيف
الى آخر كلامه تبصر قوله فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى
قال صاحب الكفاية اي معنى الشرط وهو الملائمة اقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المص
قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المص على ما ذكره الشارح المذكور وهو اي
معنى الشرط الذي هو الملائمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق ان مراد المص اعتبرنا فيه المعنى اي معنى الشرط
الذي هو الاستيثاق وهو اي هذا المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم اي ملائم للعقد لكونه مؤكدا لموجب العقد
فتح العقد وهذا معنى صحيح مطابق لقوله في وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن
للاستيثاق وانه يلائم الوجوب قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا
لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة اقول فيه شيء وهو ان التعليل بقوله للجهالة قاصر عن افادة تمام
المدعى فانه انما يتمشى فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي الجهالة لجواز
ان يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله او كان الكفيل غائبا حيث جعله قسيما لكون الرهن
والكفيل غير معين اللهم الا ان يقال ان الجهالة المذكورة في التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث
المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تأمل ثم ان صاحب الغاية قال في شرح هذا المقام
يعني ان جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين او الكفيل
غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير ملي وليس
في ذلك من التوثق شيء فيبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى اقول وفيه قصور اما اولا فلانه ترك ذكر
كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه مع ان كون
الكفيل غير معين داخل ايضا في مسئلة الكتاب واما ثانيا فلان قوله في التعليل او يعطي كفيلا غير ملي لا يفيد شيئا يتعلق

وهو قوله

وهو قوله في المدعى او الكفيل غائبا لما ذكرنا آنفا ان غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضي عدم تعينه فيجوز ان يعين المشتري
للكفالة رجلا مليا غائبا عن المجلس فكيف يتقدر على ان يعطي كفيلا غير ملي بعد ان عين المليّ للكفالة والحق في تعليل
فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا ان يقال لجواز ان لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المص ترك تعليل هذه الصورة
بناء على ظهوره او اتضاحه من قوله ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح تدبر

فصل

قال في الغاية اخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا اخفاء في تأخر التعدد عن الافراد انتهى اقول لا يذهب
عليك ان هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد
في الرهن في شيء منها وانما التعدد في المرهون في بعض منها وفي الراهن في بعض آخر منها فالاولى ان يقال وجه الفصل
كون الرهن او المرتهن او الراهن متعددا كما اشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل
المذكورة في هذا الفصل كما ترى قوله الا يرى انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال صاحبا النهاية والعناية
وحاصله ان الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع
فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل انه لو باع عبدين بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشتري
العقد في احدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد
ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فيفسخ
البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما ان بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن
من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي
حكم الرهن فيه انتهى اقول فيه بحث وهو ان حاصل كلامهما الاستدلال على ان الصفقة تتفرق في باب
الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين احدهما انيّ وهو انه لو رهن عبدين
بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المرتهن الرهن في احدهما دون الآخر جاز وان باعهما
بالف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الالف فقبل المشتري العقد في احدهما دون الآخر لم يجز وثانيهما لمي
وهو ما ذكراه بقولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الى آخره والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندي اذ لا شك ان
المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة في الاصل وان الكلام هنا في اثبات ان الصفقة
تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدي الى تفريق الصفقة في باب البيع
على تقدير ان يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعدما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت
عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو اول ما قصدا اثباته هنا بقولهما
وهذا لان البيع عقد تمليك الى آخره فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لمية الفرق
بين بابي الرهن والبيع في تفرق احدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما
افترقا لان ضم الرديء الى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان

للمشتري ان يقبل في احدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن
ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة يصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد به
اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحبا النهاية والعناية فان قيل هذا
في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان احد العبدين اكثر
قيمة مثل ان يساوي احدهما الفا والآخر الفين ورهنهما بثلثة آلاف احدهما بالف والآخر بالفين ولم يبين
هذا من ذاك واراد الراهن فكاك الذي قيمته الفان فادى الفا ويقول هذا الذي رهنته بالف والمرتهن
يقول بل هذا رهن بالفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فاما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية
لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا يمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين انتهى اقول في الجواب
بحث اما اولا فلانه لم لا يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال ولولا
ذلك لما كان في قول المصنف في مسئلة الاجمال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتيهما فائدة واما
ثانيا فلانه اذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع ان جواب مسئلة
الاجمال يعم هذه الصورة ايضا فالاولى في دفع النقض بحالة الاجمال ان يقال ان تفرق الصفقة انما يتصور فيما
اذا كان في كلام العاقد ما يتحمله كما في حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها يتحمل تفرق الصفقة بخلاف حالة
الاجمال اذ لم يوجد فيه شيء يتحمله فلا معنى للحمل فيها على تفرق الصفقة وان لم يلزم ان تادي الى تفريق الصفقة
قبل تمامها في باب الرهن على تقدير ان يحمل عليه في حالة الاجمال ايضا تامل قوله وان رهن عينا واحدة عند رجلين
بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة
ولا شيوع فيه قال صاحب العناية اخذا من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين او وهب من رجلين على قول
ابي يوسف ومحمد فان العقد فيهما اضيف الى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب
بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى الاثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا
للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن ان تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة فتقسم عليهما
للحول والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز ان يكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال
فيمتنع الشيوع فيه تحرزا للحول اذ لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيوع يمنع عنه الى هنا كلامه اقول
هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين في حق الهبة اذ لا فرق على قول ابي يوسف ومحمد بين الرهن
والهبة في عدم تحقق الشيوع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما وانما الفرق بينهما على قول
ابي حنيفة الا يرى الى ما ذكر في كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها
جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يصح عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك
واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم

فقيل

فقبل احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لاتحاد حكمه وعلى هذا الاعتبار
يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما
لا يسترد شيئا من الرهن انتهى فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول ابي يوسف ومحمد اصلا ولا للجواب
عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المزبور من الفرق كما لا يخفى قوله وان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا
في يد الآخر لان جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق قال في العناية اخذا من النهاية
اعترض عليه بان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء
الحقيقي بالاستيفاء فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك
يقتضي ان لا يسترد الراهن ما قضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده واجيب بان
ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من
نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين ان القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانيا
انتهى اقول هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لان السائل بسط مقدمة وهي
ان المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقي
متفرع عليها قوله فينبغي ان يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك ان تلك المقدمة صادقة انها
تقتضي ان لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن قد
انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما ما لم يصل الرهن
الى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء احدهما حقه اذا كان
الرهن في يد الآخر ويستند في ذلك الى المقدمة التي بسطها في اول كلامه فلا يفيده الجواب المذكور
قوله وان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل
قال صاحب العناية وهو احد الوجوه في هذه المسئلة وجملتها ان العبد اما ان يكون في ايديهما او لا
في يد واحد او في يد احدهما فان كان في يد احدهما فهو اولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده
كما في الشراء وقد تقدم الا ان يقيم الآخر بينة انه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق
الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب اولا وكلامه فيه واضح وان كان في ايديهما
فان علم الاول منهما فهو اولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال
محمد في الاصل وبرأي بالقياس ماخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى اقول في تحرير المذكور نوع
اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما الى آخره وترك
هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع ان هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك
الشق ايضا وايضا ان اراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المصنف وان اقام

الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التناقض بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد احد منهما فهو المذكور في الكتاب
اولا وان اراد بها قول المصنف ولو كانت الراهن والعبد في ايديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل
اي بالقياس ناخذ فان محمدا انما ياخذ بالقياس في المسئلة الاولى لا في المسئلة الثانية فكان حق قول المرء
ان يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى

باب الرهن يوضع في يد العدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لان حكم
النائب ابدا يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية
والعناية قيدا آخر حيث قال او رضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل اقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو
الجاري بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بامر لازم في معنى العدل ههنا
قال الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لانه مامور بالحفظ فحسب انتهى قوله
وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال صاحب العناية يشير الى دفع ما عسى
ان يقال كما انه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه
وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية
على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه اقول هذه العلاوة التي زادها الشارح المذكور
من عند نفسه ليست بشيء فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على اصلنا اذ لا يلزم ان يكون
توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس السائل بمذهب ولئن سلم ذلك فللخصم ان يورد السؤال المذكور
علينا بطريق الالزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب الحق عنه ما اشار اليه المصنف لا غير
قوله ولو فعل ذلك قال في النهاية والعناية اي جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث
بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برايهما او براي القاضي عند العدل الاول او عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى
اقول ان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برايهما
اي براي الراهن والمرتهن مع ان الحكم فيه ايضا كذلك فهو ممنوع لانه انما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت
القيمة رهنا براي القاضي لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيا للفاعل
وكان الضمير المستتر فيه راجعا الى القاضي واما اذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة في عبارة النهاية والعناية
قائما مقام الفاعل فيحتمل العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم
فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا في يد غير العدل الاول فامر هين فانه لما كان عدم التفاوت
بين ان جعلت القيمة بعد الضمان رهنا في يد العدل الاول وبين ان جعلت رهنا في يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الاول
رعاية للاختصار

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لما كان التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخرا عن كونه رهنا اخره وضعا ليوافق الوضع الطبع

قوله

قوله وان باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف اختلفت عبارة محمد فيه ففي موضع قال البيع المرهون
فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاضي يفسخ اذا خاصم المرتهن
وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا اجازه وسلمه كذا في العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء
ويجوز ان يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم بالفعل وانه مجاز
على سبيل الاستعارة فانه على شرفها ذنيفه اذا لم يجز انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذين
التاويلين ليسا بتاويل فقهي بل هما من قبيل التاويل اللغوي الذي فيه نوع الغاز وتعمية فلا يناسبان المجاهد الفقي
سيما في موضع الكشف والبيان قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف
في ملكه اقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فانه ينتقض بما اذا اعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سياتي
في الكتاب مع جريان هذا التعليل هنالك ايضا فالوجه في التعليل ههنا ان يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير
وهو المرتهن فيتوقف على اجازته لا بد ان يضم اليه انما فصل بين هذه المسئلة وبين مسئلة الاعتاق بانعدام القدرة
على التسليم حيث قال في آخر تعليل مسئلة الاعتاق من قبل اصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام
القدرة على التسليم تدبر قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم لان بيع المرتهن
ما نعه عن التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع الآبق والمستاجر و
الاعتاق لا يفتقر اليها بدليل نفاذ اعتاق الآبق كذا في الكافي وغيره واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال وقوله
على هذا يلزم ان يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وبينهما فرق اذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف الا ترى
ان المبيع بالبيع الفضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد انتهى اقول هذا الاعتراض ظاهر
السقوط لانه انما يلزم ان يفسد بيع الرهن ولا يتوقف ان لو انتفى القدرة على تسليمه بالكلية والمنتفي في بيع الرهن
انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن او قضاء الراهن دينه لا القدرة على تسليمه اصلا فيتوقف على اجازة
المرتهن او قضاء الراهن دينه اذ بواحد منهما يحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي قوله
وكذا لو استهلك الراهن الرهن قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتها واقع اثره
صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذا
لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية ايضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمتها
ليس بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية اصلا بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية
تفريعا على مسئلة مختصر القدوري وهي من قوله ولو اقر المولى برهن عبده الى ههنا فكيف يصح جعل لفظ احد
الشيخين في احد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ آخر في كتاب آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية
على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب ان يجعل
قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذ منه قيمة العبد

وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لا تراه ايضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية ايضا فيتم وجه عطف
احدهما على الاخر وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا واعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان
الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن
معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتامل في هذا الترتيب
تكن الحاكم الفيصل **قوله** وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا
وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته
يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وقيمته يوم تلف
قال الزيلعي بعد ان ذكر هذا بعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع
السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط الدين خمسمائة وتسوية ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون
ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب
ان لا يسقط بمقابلته شيء من الدين انتهى اقول ليس بمشكل بشيء فانه يضمحل بقول صاحب الهداية
وغيره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك ان القبض السابق
مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهالك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض وقد كانت
قيمته يوم القبض القائم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف
خمسمائة منه بالاتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته وقت القبض الفا تاما ولا
تاثير في سقوط شيء منه لتراجع السعر اصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على
مثل ذلك الفاضل **قوله** وكذلك لو اعاره احدهما اجنبيا باذن الاخر سقط حكم الضمان لما قلنا يشير
بقوله لما قلنا الى قوله للمنافاة بين يد العارية ويد الرهن قال بعض الفضلاء فيه انه اذا وضع في يد العدل
لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يد الايداع والرهن اقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد
العدل مذكور في شرح تاج الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفا فكانه لم يرها فمن شاء فليراجعهما **قوله**
وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد
مبتدا قال الشراح وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة انتهى واورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم
الوديعة كحكم العارية بان قال اذا كان الايداع من اجنبي ينبغي ان لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى اقول
ليس الامر كذلك لان العدل من رضيا بوضع الرهن في يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما اذا اودع احدهما الرهن
باذن الاخر بعد ان قبضه المرتهن بنفسه ثم ان الفرق بينهما ان في صورة الايداع بعد قبض المرتهن بنفسه
ينتقض قبضه السابق بالايداع للمنافاة بين يد الوديعة ويد الرهن لكون احديهما موجبة للضمان دون الاخرى
كما ذكر في المنافاة بين يدي العارية والرهن واما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض

الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الحيثية كما تبين في بابه ولم يوجد شيء لم
يقتضي انتقاض هذا القبض قبض الضمان على حاله **قوله** ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن
للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع اعلم ان قوله جبرا على الراهن في اثناء هذه المسئلة من مغلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد
بدل هذا في هذه المسئلة جبرا عن الراهن كما ذكره شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي وقد نبه عليه تاج الشريعة
وصاحب الكفاية ومن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبرا عن الراهن تصحيف عن قول محمد جبرا عن الراهن وتبع فيه الراهن
او القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغير رضاه ويوافقه تقرير صاحب الكافي هذه المسئلة حيث
قال ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن ان يمتنع اذا قضى دينه وقال
صاحب الكفاية معنى قوله فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن اراد ان يفتكه نيابة عن الراهن جبرا على المرتهن
وقال صاحب العناية قوله افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعل من الجبران
يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان ما اختاره من المعنى
لا يتمشى فيما اذا اراد المعير ان يفتكه قبل حلول الاجل بل الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذاك القضاء بنفسه لعدم مجيء
اوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبرانا لما فات عنه من القضاء بنفسه مع ان مكان المسئلة
ايضا داخلة في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى واما ثانيا فلانه لم يسمع في العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى
القهر او من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق في تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر
اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر الى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق الا ان يصار الى تقدير
لما فات جملة وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه
بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية **قوله** ولهذا يرجع على الراهن بما ادى قال
صاحب النهاية وههنا قيد لا بد من ذكره فان قوله يرجع على الراهن بما ادى غير مجرى على الاطلاق بل معناه يرجع على الراهن
بما ادى اذا كان ما اداه بقدر الدين لا بما اكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وفتاوى قاضي خان فان عجز الراهن
عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع باكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن الفا ورهنه
بالفين فافتكه المالك بالفين رجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الالف ولا يرجع باكثر من الالف لانه لو هلك الرهن لم يضمن
الراهن للمعير اكثر من ذلك فكذلك اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقتفى اثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية
وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا
كانت القيمة مثل الدين انتهى اقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما ادى من مقدمات دليل
هذه المسئلة لا نفس هذه المسئلة ولا يخفى ان مقدمات الدليل لا يجب ان توافق المدعى في الخصوص والعموم
وفي التقييد والاطلاق الا يرى ان كلية الكبرى شرط في انتاج الاقيسة واقواها وان كان المدعى جزئيا فلم
يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها ايضا حتى يستغنى عن تقييد هاتيك المقدمة بما ذكره صاحب

النهاية وغيرهم ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية انه اذا افتكه باكثر من قيمته بان كان الدين
المرهون به اكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بانفكاكه ببعض الدين فكان مضطرا في
باعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع
ولا يحصل ذلك الا بايفاء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى اقول في كلامه
هذا نوع غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال واجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل
الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه
فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحبا الكفاية ومعراج
الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعي ايضا فلا معنى لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعبارة اخرى السؤال
والجواب مسطوران في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه ان يبين محل
فساده ولا ينبغي ان يعد السؤال المذكور فيها اشكالا لا مزيد عند نفسه **قوله** وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق
قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق **اقول** كان الحق في التعليل ان يقال لان الحق تعلق بماليته وقد اتلفها
بالاعتاق اذ لا شك ان المراد بالحق المذكور في التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته كما عرف
غير مرة **قوله** اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل اما وجه المسئلة التي
اتفقوا في حكمها وهي ان جناية الرهن على الراهن هدر فلانها جناية المملوك على المالك واقتفى اثره صاحب العناية
اقول لا وجه عندي لاقحام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور اذ يصير المعنى ح اما وجه المسئلة الوفاقية
اي علتها فلانها العلة المذكورة في الكتاب لان المصنف قد ادخل اللام على الخبر كما ترى فيؤول المعنى الى ان علة هذه المسئلة
بهذه العلة فيلزم ان يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو فاسد قطعا **قوله** ثم ان شاء
الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن **قال** صاحب العناية قوله دفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا
يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته او التغليب سماه دافعا
وثنا انتهى **اقول** لا صحة لتوجيه المشاكلة هنا لان المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهنا
لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ واريد به في المرة الاولى اصل معناه وفي الاخرى غيره كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في
نفسي ولا اعلم ما في نفسك وفيما نحن فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فمن قبيل التغليب
لا غير كما لا يخفى **قوله** ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع
فهو على الخلاف **قال** صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لانه وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا
تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك
فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان
وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه هنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة

فقتله

فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى ان يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف
وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه
ايضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة
في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار ثم الى هنا لفظ العناية **اقول**
ما ذكر في بيان صور المسائل الثلث انما هو عبارة الهداية المأخوذة من الجامع الصغير والانصاف انها لا تساعد جعل
الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر
ايضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية او جعلها فيما هو اعم من تراجعه ومن عدم تراجعه
كان نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر
فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع
على الراهن بشيء وان كان امر الراهن ببيعه فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فان قتله عبد
قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه بجميع الدين وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم
العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك ان قوله فان قتله عبد الى اخره عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر
المتبادر ان ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك ان الضمير في المعطوف عليه
راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السعر فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه اصحاب النهاية ومعراج الدراية
وغاية البيان وان اخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا اقل
من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كلا
التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف هنا بقوله ولو كان تراجع سعره الى اخره عن شائبة التكرار واما ارجاع الضمير
في المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فمما لا يساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العربية
فلا وجه للمصير اليه فتبصر ترشد **قوله** لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق
المولى **قال** صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجر اي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي
الجناية ايضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما ياتي في جناية المملوك في الديات
وقوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم دين العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من
يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية لان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية يقوم مقام
المولى في ملك العين الى هنا كلامه واقتفى اثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب الغاية **وقال**
صاحب الغاية قوله وحق ولي الجناية بالنصب وبالرفع عطفا على لفظ دين العبد ومحله معناه ان دين العبد
مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية ايضا مقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى
فلان يتقدم على حق المرتهن اولى لان حق المالك اقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه

وقد قررنا تحقيقه ان المص ذكر جناية العبد المرهون اولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن
قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد
المرهون مالا وهذا كله يدل على ان مراد المص ما ذكرنا وقال بعضهم في شرح قوله وحق ولي الجناية دين العبد
مقدم على دين المرتهن ومقدم ايضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء
اقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي
الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء فانه مناقضة لا محالة الى هنا لفظ
الغاية اقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشتبه
على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد
الجاني اولا الى ولي الجناية الا انه لم يبق فيه بل بيع ودفع ثمنه الى الغرماء فكأنه تنبه عليه
صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية اولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع اثر فعلم ان الدين
كان مقدما حقيقة انتهى قوله فان فضل شيء الى آخره اقول فيه شيء وهو ان الظاهر من سياق
تحرير الكتاب ان يكون قوله فان فضل شيء الى آخره من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك
العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة ان المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد
لا يتصور ان يفضل من دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي بيع فيلزم ان لا ينتظم المعنى الا ان يكون قوله
فان فضل شيء الى آخره مسئلة مباينة للمسئلة الاولى معطوفة بمثلها لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله
فان فضل لمجرد الترتيب الذكري كما تستعمل لذلك فهذا المعنى ايضا على ما عرف في علم الادب فتأمل

فصل هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في اواخر الكتب فكذا كل آخر استدركا
لما فات فيما سبق **قوله** لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر
لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء اقول لقائل ان يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على
هذا القدر من التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع المسئلة بل كان يكفي ان يقال ومن رهن
عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى المطلوب
فتأمل قال صاحب العناية ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل في الابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا
تخلف عن الاصل وقال ويمكن ان يجاب عنه بان ذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا تبدل المحل حكما
بتبدل الوصف فلذلك تخلف عنه ذلك الاصل انتهى اقول في الجواب بحث اذ لقائل ان يعود ويقول
لو كان تبدل المحل ههنا بتبدل الوصف كان ينبغي ان يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض
اذ على تقدير تبدل المحل يلزم ان يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في المسئلة
الآتية ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع انه ذكر في الكتاب انه لو اشترى

عصيرا

عصيرا فتخمر قبل القبض بقي العقد الا انه يتخير في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل
حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا فلقائل
ان يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكا
وما الفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال في كل حال وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث
قال فيه بحث لان مآل ما ذكره ان يكون السبب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية الى الخمرية متحققا
وقال والاولى ان يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به
عن ملكه فاذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد
ابتداء للنهي عن الاقتراب والاعزاز ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل الى هنا كلامه اقول جوابه الذي
عده اولى ليس بشيء لان مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل ان يقول الى آخره انما هو قولهم
في تعليل هذه المسئلة ان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له
بقاء حيث ورد عليه ان ما يرجع الى المحل في الابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع في البقاء دون الابتداء
ولا شك ان القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في
التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء بل يكون مآله تغيير تعليلهم المذكور الى ان يقال
ان ما يكون حكما للبيع يكون حكما في الرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عدولا
عن تعليلهم المرضي عندهم ليس بصحيح في نفسه اذ لا ريب ان ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن
فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لا غير كما تقرر فيما مر **قوله** ولهما وهو القياس
ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن الى آخره اقول لقائل ان يقول لا فائدة لقوله وهو القياس
في اثناء ذكر دليلهما لان دليل ابي يوسف ايضا هو القياس كما افصح عنه تقرير المص اياه حيث قال ان الدين في باب
الرهن كالثمن في البيع والرهن كالمثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا
ترك صاحب الكافي القيد المذكور اعني قوله وهو القياس في اثناء تقرير دليلهما والجواب انه ليس مراد المص ههنا بقوله
وهو القياس الاحتراز عن اصل ابي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الاخرى وهي مسئلة الزيادة في
الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن اصل ائمتنا الثلاثة في الخلافية الاولى وهي مسئلة الزيادة في الرهن فان
اصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيرها والباعث على تقييد المص ههنا بهذا الاحتراز هو انه لما كان
دليل ابي يوسف في الخلافية الاخرى هو القياس كما افصح عنه تقريرها فاذن يتوهم ان دليلهما في هذه المسئلة هو
الاستحسان لكونهما في خلافه ههنا فنبه على ان اصلهما ايضا هو القياس في هذه المسئلة وانما الاستحسان اصلهم
في الخلافية الاولى **قوله** والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود
به بل وجوبه سابق على الرهن اقول لقائل ان يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز ان يكون

الدين الذي زيد دينا جديدا حادثا بموجب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والجواب ان الكلام في الالتحاق
باصل العقد فالدين وان كان متأخرا عن اصل عقد الرهن الا انه يثبت بالالتحاق باصل العقد تسمية جديدة فتصير
كالرهن الابتدائي ولا شك ان زمان وجوب الدين الجديد متقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الالتحاق فرع التحقق
فلهذا الحكم يسبق وجوبه على الرهن البتة تامل تفهم قوله ووجه الفرق ان بالابرآء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا
والاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا
هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء
الثاني هو الاستيفاء الحقيقي كذا في عامة الشروح اقول هنا نوع اشكال وهو ان الاستيفاء الحكمي الذي كان ثبت
للمرتهن بقبض الرهن اما ان ينتقض باستيفائه الدين حقيقة بايفاء الراهن او بايفاء متطوع قبل هلاك الرهن او لم
ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم ان المنتقض لا يعود
وقد صرح في الكتاب بغير مرة وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم ان يتكرر الاستيفاء عند استيفاء الدين بايفاء
الراهن او بايفاء متطوع ويتكرر ويؤدي الى الربوا فاسد كما ترى ايضا غير مرة ويمكن ان يجاب عنه بانه غير منتقض بل باق على حاله
ولكنه في معرض الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي
كما فيما نحن فيه فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي بهلاك الرهن في يد
المرتهن فلم يحصل فساد هذا غاية ما يمكن في التفصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن نوع تكلف قوله بخلاف الابراء
قال صاحب العناية قوله بخلاف الابراء يرجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من تمام ههنا نقوض على جواب لا تحسنا
في صورة الابراء وقال والاولى ان يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية انتهى اقول لا مساغ عندي لان يكون قوله ههنا
بخلاف الابرآء راجعا الى قوله ولو استوفى لان المصنف بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف
الابراء وبين وجه الفرق بين الابرآء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى
لزم التكرار والحشو في كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك

كتاب الجنايات

اورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية
لصيانة النفس الا ترى الى قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة والمال وسيلة لبقاء النفس وقدم الرهن على الجناية
بناء على تقديم الوسائل على المقاصد كذا في اكثر الشروح قال في غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب
والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان فعله انتهى اقول ليس هذا بشيء لان
المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو احكام الجنايات دون انفسها ولا شك ان احكامها مشروعة ثابتة بالكتاب
والسنة ايضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شر اي تكسبه وفي الاصل
مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام في كل ما يقبح ويسوء الا انه في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول
يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعا وجرحا هذا زبدة ما في الكافي والشروح قوله

القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل بسبب قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه
الخمسة هو ان القتل الذي صدر عن انسان لا يخلو اما ان حصل بسلاح او بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما ان
يكون به قصد القتل ام لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما ان يكون معه قصد التاديب
والضرب ام لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما ان كان جاريا مجرى الخطأ ام لا فان كان فهو هو وان
لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف ايضا تفسير كل واحد منها انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه
جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شك ان القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون ايضا بما ليس
بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة واما ثانيا فلان قوله فان كان فهو شبه العمد تفسير الشيء بنفسه واما ثالثا
فلان قوله وان لم يكن جاريا مجرى الخطأ فهو القتل بسبب ليس بتام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطأ لا يلزم ان
يكون القتل بسبب البتة بل يجوز ان يكون القتل خطأ محضا ايضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبه صاحب العناية
لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قوله القتل على خمسة اوجه وذلك لانا قد استقرينا
فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة احد هؤلاء الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال
وضعفه ودركاته ظاهر انتهى من غير تفصيل وبيان قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال جمهور الشراح
انما قيد به لان انواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه اكثر من خمسة كقتل المرتد
والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب
الايمان الايمان ثلثة ولم يرد به جنس الايمان لانها اكثر من ثلثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق
والحج والعمرة وانما اراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى اقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر ان شيئا
من انواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل مما ذكر في واحد من تلك الاوجه فان
ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي قصاصا او رجما او بقطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول
بسلاح او ما اجري مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح
ويكون خطأ ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطاء الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما تكون تلك الانواع
المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لا من انفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى
للقول بان انواع القتل اكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة للاوجه
الخمسة للقتل لا من انفس هذه الاوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شيء مشروطا
بشروط اخرى الا ترى انهم جعلوا وجوب القود من احكام القتل العمد مع ان له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا
بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي اصلا ومنها ان لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا
لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها ان لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لو قتل
المولى عبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة

اصلا ولا بالمستامن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل موقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح
بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط لترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل
وليس شيء مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في انفس اوجه القتل ذي الاحكام
المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون المقتول معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء
فالاظهر ان المراد المصنف بقوله المراد بيان قتل تتعلق به الاحكام هو التنبيه على ان المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما
هو احوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات ويترتب عليه احكامها دون احوال مطلق القتل وان كان
الاوجه الخمسة المذكورة تتناول لكل ذلك **قوله** فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح قال بعض
الفضلاء في تفسير قوله ضربه او ضرب المقتول وقال مخرج العمد فيما دون النفس انتهى اقول يرد عليه النقض
بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي انه اذا تعمد ان يضرب يد رجل فاخطأ فاصاب عنق ذلك الرجل فابان
راسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان اصاب بعنق غيره فهو خطأ وجه الورود انه لم يتعمد في الصورة الاولى ضرب
المقتول بل تعمد ضرب يده مع انه جعل ضربه القتل العمد واجري عليه حكم قتل النفس وهو القود **قوله**
لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك
اقول فيه بحث وهو ان هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطأ كما اذا رمى
شخصا بسهم او ضربه بسيف ظنه صيدا فاذا هو آدمي او ظنه حربيا فاذا هو مسلم وهذا في نوع الخطأ
في القصد وكما اذا رمى غرضا بآلة قاتلة فاصاب آدميا وهذا في نوع الخطأ في الفعل فان استعمال الآلة
القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك ايضا مع انه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه
قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها في ضرب المقتول لا استعمالها
مطلقا فيما اذا رمى غرضا فاصاب آدميا لم يكن استعمالها في ضرب الآدمي بل كان لغرض آخر قلت هذا التاويل
انما يفيد في نوع الخطأ في الفعل دون نوع الخطأ في القصد فان استعمالها فيه ايضا في ضرب المقتول لكن
الخطأ في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها في ضرب المقتول من حيث هو آدمي لا استعمالها في ضربه
مطلقا وفي نوع الخطأ في القصد لم يتحقق الحيثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذه الحيثية امر خفي
راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر ظاهر ولم يذكر في التعليل
المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان
لقول صاحب الوقاية وكثير من اصحاب المتون القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب
او حجر او ليطة او نار وجه اذ لا يلزم اذ ذاك ان يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم التوقف عليه بالغرض
الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكفي ذكره بل لما كان القيد تعمد في الكتاب
ايضا في قوله فالعمد ما تعمد ضربه وجه بل كان ينبغي ان يقال فالعمد ما ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح

فتدبر **قوله** وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها
الآية اقول لقائل ان يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد المأثم والقود يعم
المسلم والذمي لما سيجيء ان المسلم يقاد بالذمي عندنا ولا شك ان موجب القود لا ينفك عن لزوم
المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا ان يقال الآية المذكورة وان افادت المأثم
في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا انها تفيد المأثم في قتل الذمي عمدا ايضا بدلالتها بناء على ثبوت
المساواة في العصمة بين المسلم والذمي نظرا الى التكليف والدار كما سيأتي تفصيله فان قيل بقي
خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة اخرى وهي ان المذهب عند اهل السنة والجماعة ان المؤمن لا يخلد في النار
وان ارتكب كبيرة ولم يتب فالظاهر ان المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة لتخالدا فيها
فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية
المذكورة هو المستحل لجواز ان يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفاسير بناء في
التعميم مذهب اهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد به هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي
التفاسير ايضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال ايضا الا
انه ان استحل لا الخلود في النار **قوله** والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الا انه تقيد بوصف
العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه يعني ان ظاهر الآية يوجب القول بالقصاص فيما يوجب القتل
ولا يفصل بين العمد والخطأ الا انه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي تلقته الامة بالقبول
وهو قوله عليه السلام العمد قود اي موجبه قود كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذكر ما يقال
ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لانا نقول العلم يوجب
هذا الخبر تقييدا للآية لم يكن القود موجبا للعمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى اقول
هو ان ظاهر العمد ينبغي ان يخطر بالبال لذي فطرة سليمة ولكن لم اره احدا سواه حام حوله ذكره وما اجيب
نفطن فيه عندي لجواز ان سئل النبي صلى الله عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد
فقال قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم فيفائدة ذكر لفظ العمد تطبيق الجواب للسؤال ومع
هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله بالحديث المزبور فتفكر **قوله** ولان الجناية بها تتكامل وحكمة
الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية
بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون
ذلك حجة اخرى فقال في تقريرها الاولى وتقرير حجته ان العمدية تتكامل بها الجناية وكلما كان يتكامل
الجناية كانت حكمة الزجر عليها اكمل وقال في تقريرها الاخرى وتقريرها ان القود عقوبة متناهية
والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى اقول ليس في كلامه ما يدل

منه الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دونها العمدية موقوف على كون الاية المذكورة مقيدة بوصف العمدية
اذ لو كانت باقية على اطلاقها المتناولة العمد وشبهه والخطاء فلزم ان يكون القصاص الذى هو عقوبة كاملة
مشروعا دون العمدية ايضا بمقتضى اطلاقها وكون الاية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى هنا فعلى
تقدير ان يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة اخرى يلزم المصادرة على المطلوب وايضا
يلزم ح ان لا يفيد المدعى ما جعله حجة اولى لان نتيجتها على مقتضى تقريره ان العمدية كانت حكمة الزجر عليها
اكمل ولا يلزم منها ان لا يتحقق حكمة الزجر فى غير العمد اصلا فيجوز ان يجب القصاص فى غير العمد ايضا زجرا
عنه فلا يتم المطلوب فالصواب ان قوله العقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ما قبله والمجموع
حجة واحدة وان لفظ ذلك فى قوله لا شرع لها دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح الى
تتم حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعم صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات ان القود الذى هو
عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد كما لا يخفى على ذى مسكة ثم اقول بقى فى كلام المص هنا شىء وهو انه
قد تقرر فى كتب الاصول ان مرجع الادلة العقلية المذكورة فى علم الفقه باسرها الى القياس وبهذا انحصر
الادلة الشرعية فى اربعة وهى الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس فقول المص هنا ولان الجناية بها تتكامل
الى اخره راجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف فى علم
الاصول فليتأمل **قوله** ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك. يعنى
لا يتيقن بعد قصد الولى لقتل القاتل بعد ما اخذ الدية لجواز ان ياخذها الولى من القاتل بدون رضاه ثم
يقتله وهذا جواب عن قول الشافعى لانه تعين مدفعا للهلاك كذا فى الشروح اقول للخصم ان يقول
لا نسلم انه يتعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتله الولى بعده يقتص منه
وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفى لاخذ الدية منه القاتل بدون رضاه اذ الظاهر ان العاقل لا يختار الهلاك
المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا باداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد ادائه ذلك ايضا فلو اختار
القاتل ما متنع عن اداء المال بعد ذلك سفها والقاء لنفسه فى التهلكة فينبغى ان يحجر عليه ثم اقول لعل
الاولى فى الجواب عن قول الشافعى لانه تعين مدفعا للهلاك ان يقال هذا تعليل فى مقابلة النص من الكتاب
والسنة وهو لا يجوز كما تقرر فى علم الاصول قال فى العناية اخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا
اخذ المال صلحا وقد جاز واجيب بان فى الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء
فيه بحث لان رضى القاتل لا يفيد ورضى الولى موجود فى محل النزاع والاولى ان يكتفى فى الجواب بقوله
ان فى الصلح المراضاة اذا اجتمع مع رضى الولى يفيد امرا زائدا على رضى الولى وحده فان التصالح والتوافق
من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة ومن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف
رضى الولى وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل

بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية اشار الى ما قلنا حيث قال فى بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك
لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان للتراضى والتصالح تاثيرا فى دفع الشر
قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخير انتفى الشر لا محالة لتضاد بينهما انتهى ثم قال فى العناية وعورض
بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية وبان الشرع اوجب
القصاص لمعنى الانتقام وتشفى صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه
فكان لمعنى النظر للولى وذلك بتمكنه من القصاص واخذ الدية والجواب ان الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب
والسنة المشهورة على ما ذكرنا والقصاص لمعنى النظر للولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفى الصدور فانه شرع
زجرا عما كان عليه اهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لانهم كانوا يأخذون ناسا من الكثيرة عند قتل واحد منهم بالقتل
واهل لو نزلوا ما سلكوه واشاله ما رضى به اولياء المقتول فكان ايجاب المال فى مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص
انتهى اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول انما يكون ايجاب المال فى مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص ان
لو كان ايجابه فى مقابلته على وجه التعيين واما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولى بين
اخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع لحكمة القصاص اذ للولى ح القدرة على الانتقام
وتشفى الصدر باختيار القصاص فاذا لم يختره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره فكان كما اذا عفا او
صالح فى اسقاط ما قدر عليه من حقه **قوله** ولنا انه كبيرة محضة وفى الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها
قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا يجب فيه الكفارة قلت
هو جناية على المحل ولهذا لو اشترك حلالان فى قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزاآن والجناية
على المحل يستوى فيه العمد والخطاء انتهى اقول فى الجواب بحث اما اولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لانه مورد معقول
الدليل المزبور وهو ان الكفارة لا تناط بما هو كبيرة محضة لا اصل المدعى وهو انه لا كفارة فى القتل العمد فاذا سلم
كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم ان يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل او جناية المحل وكون الجناية
على المحل يستوى فيه العمد والخطاء انما يفيد لو ورد السؤال على اصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه ح بان
ما قلناه فى جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى واما ثانيا فلانه قد تقرر
فى كتب اصول الفقه ان الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل
لا جناية الفعل لزم ان لا يصلح للكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل اصلا **قوله**
ولان الكفارة من المقادير وتعينها فى الشرع لدفع الادنى لا يدل على تعينها لدفع الاعلى هذا جواب عن قياس
الشافعى وجوب الكفارة فى العمد على وجوبها فى الخطاء يعنى ان تعين الكفارة فى الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطاء
لا يدل على تعينها لدفع الذنب الاعلى وهو العمد فانه كم من شىء يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى للعجز عنه كذا
فى النهاية وغيرها قال صاحب العناية فان قال الشافعى قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث

واثلة بن الاسقع قال اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال
اعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد
قلنا لا نسلم لجواز ان يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر والعصا الكبيرة سلمناه لكنه لا يعارض
اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضي ان يكون المذكور كل الجزاء
فلو اوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى اقول للخصم ان يقول هذا مشترك الالزام
اذ القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء ان يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم ان يكون
القصاص ايضا مذكورا في الجزاء مع انه لم يذكر فيه وان حمل الجزاء المذكور في الاية على الجزاء الاخروي كما
هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك في شان
الكفارة ثم اقول يمكن ان يجاب عنه بوجهين احدهما ان وجوب القصاص عرف باية اخرى وهي قوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على ان
القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى
كتب عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح
على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وثانيهما ان القصاص بدل المحل
من وجه وجزاء الفعل من وجه اخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول واما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه
على ما تقرر في كتب الاصول ايضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه
جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم ان يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو اوجبناها
وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلا عن المبسوط والاسرار ولا وجه لحمل الاية على المستحل لان المذكور
في الاية جزاء قتل العمد وان حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط
المنصوص فيكون نسخا واما تاويل الخلود فعلى معنى انه لو جازاه بعدله او على معنى تطويل المدة مجازا يقال
خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى اقول ليس شيء من ذينك الدليلين المسوقين لعدم صحة
حمل الاية المذكورة على المستحل بمستقيم اما الاول منهما فلان كون المذكور في هاتيك الاية جزاء قتل العمد
مما لا ينافيه كونه جزاء الردة ايضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل
العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ولا شك ان القتل بهذا الطريق مستلزم
للردة ففي الاية اذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا
متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد
الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى واما الثاني منهما فلانه لا يلزم من حمل الاية المزبورة
على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال مدلول نفس الشرط المنصوص بان

بان يكون المراد من متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما ان ائمتنا حملوا متعمدا على هذا
المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلوة متعمدا فقد كفر وبان يكون معنى من يقتل مؤمنا
من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازاني في شرح العقائد فيكون مداره على قاعدة ان ترتب
الحكم على المشتق يقتضي علية المأخذ ولا شك ان قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل
الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ اصلا والعجب من هؤلاء الاجلة وهم اصحاب
المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية من كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في تفسير
الاية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده انه نزل في مقيس
بن ضبابة وجد اخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قاتله فامرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يدفعوا اليه ديته فدفعوا اليه ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا او المراد بالخلود المكث
الطويل فان الدلائل متظاهرة على ان عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضي قوله
ووجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ اقول الظاهر
المتبادر من قوله لشبهه بالخطأ قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطأ والحاق
وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطأ واياما كان يرد عليه ان يقال ان تعينها لدفع الذنب
الادنى في الشرع لا يعينها لدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة
في العمد على وجوبها في الخطأ اذ لا شك ان شبه العمد ايضا اعلى ذنبا من الخطأ المحض فان الجاني
في الاول قاصد في الضرب بخلاف الثاني ومن هذا قالوا في الاول وهو جبر المأثم وفي الثاني
ولا اثم فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة
لانه خطأ نظرا الى الالة فيدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة
الاية انتهى قوله والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا معنى يحدث من بعد فهي على
العاقلة اعتبارا بالخطأ اقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ ان يكون الاصل في وجوب
الدية على العاقلة هو الخطأ وان يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطأ
وليس ذلك بواضح اذ المصنف قال في اوائل كتاب المعاقل والاصل في وجوبها على العاقلة قوله
عليه السلام في حديث حمل بن مالك رضي الله عنه للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت
الجناية في حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فان تفصيله على ما ذكره الشراح قاطبة
في فصل الجنين من كتاب الديات انه روي عن حمل بن مالك قال كنت بين ضرتين فضربت
احديهما الاخرى بعمود فسطاط او بسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اندي

من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل ذلك يطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر في المبسوط ايضا ولا ريب ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكروا في تفصيل ذلك الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطأ فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتامل قوله وما ذكره رحمه الله تعالى وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال جمهور الشراح اراد به قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف مثله ان يقول لما رويناه وقال والحق ان يقال انما قال اسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول انتهى اقول فيه كلام وهو ان حامل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل فيصح العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له وكان ينبغي ان يكون القتل بالعصا الصغيرة ايضا شبه عمد فانه قال لا ادري ما شبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا اقول في عبارة الكتاب هنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا الى اخره وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى ان كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما جزئي من جزئياته وكان اخص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له فكان الظاهر ان يقال في كل واحد منهما وهو نحو ان يرمي الخ وهكذا ليرمي اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا كرميه مسلما ظنه صيدا او حربيا وفعلا كرميه غرضا فاصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال في شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ في القصد وخطأ في الفعل فالخطأ في الفعل ان يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فاخطأ واصاب غيره والخطأ في القصد ان لا يكون الخطأ في الفعل وانما يكون في قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن اخطأ في ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال ومن قال الخطأ في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم انه شرط في الخطأ في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل يصدر فعل وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا فاصابه ثم رجع عنه او تجاوز عنه الى ما وراءه فاصاب رجلا يتحقق الخطأ في الفعل والشرط المذكور مفقود في الصورتين ثم انه اخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ في الفعل ولا قصد فيه انتهى اقول كل من وجهي رده ساقط جدا اما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط في الخطأ في الفعل ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده بل قال فالخطأ في الفعل ان يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر وهذا اعم من ان يصدر عنه الفعل الذي قصده ايضا كما صدر عنه فعل آخر ومن ان لا يصدر عنه الفعل الذي قصده مثال الاول ما ذكره الراد من الصورتين ومثال الثاني وهو الاكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله

كما اذا رمى الغرض فاخطأ بل يجوز ان يكون قوله كما اذا رمى الغرض فاخطأ عاما لصورتي صدوره ما قصده ايضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذي فطانة واما الثاني فلان تحقق الخطأ في الفعل في صورة ان سقط من يده خشبة او لبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هناك ما اجري مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطأ اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفي صورة ان سقط من يده شيء فقتل رجلا لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بغفلة لا باختياره فهي لا محالة من قبيل ما اجري مجرى الخطأ والكلام هنا في نفس الخطأ لا فيما اجري مجرى الخطأ فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سيأتي ذكره مستقلا فيما بعد قوله ولا اثم فيه يعني في الوجهين اقول كان الاولى للمصنف ان يقول يعني في كل واحد من الوجهين اذ يحصل حينئذ اصلاح افراد الضمير ايضا

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

لما فرغ من بيان انواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة قوله اما العمدية فلما بيناه من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما خرج وجه كونه موجبا للقتل العمد هنا انتهى اقول فيه نظر لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل واما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا يدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما افصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل الى آخره فكيف يتصور ان يندرج قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى في قول المصنف هنا اما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز ان يكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق اثر الكفر حقيقة الكفر تبيح منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا اثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك انتهى اقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النقض فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال معناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين قوله والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي ان يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من اراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روي عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلا وكانت احداهما تتعزز

الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا نقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الاية
ردا عليهم كذا في الشروح اقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفي ما عداه الا ان تعريف
المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو الكريم التقوى اى لا غيرها والامير الشجاع اى لا الجبان ونحو التوكل
على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية على حصر
القتل العمد في القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه الصلوة والسلام العمد قود وقالوا
وجه التمسك به ان الالف واللام في قوله العمد للجنس فيفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه
والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول
ايضا وفي الاية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فيحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد
فيها ما يقتضي القصر وقد اشار اليه في الكافي حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة ببيان سبب النزول فكان
اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة قال صاحب العناية
في شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة اى فتنة الكفر فيورث
شبهة عدم المساواة انتهى اقول قد حمل الشبهة المذكورة في الكتاب هنا على شبهة
المساواة وهو خبط ظاهر اما اولا فلان المص قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم
حيث قال ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة
عدم المساواة ويجعله استدلالا اخر فهل لا يكون هذا منافيا لما سبق او مستدركا واما ثانيا فلانه
سيقول في الجواب عن قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن
بانتفاء الشبهة وذلك قطعي الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة
اذ لا اشكال ان قتل الذمي بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمي وانما يؤذن
بانتفاء شبهة عدم الاباحة في دم الذمي فالصواب ان المراد بالشبهة هنا شبهة الاباحة كما هو
مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك في المسئلة السابقة
فحينئذ ينتظم السابق واللاحق بلا غبار كما لا يخفى قوله ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا
الى التكليف او الدار قال صاحب العناية في حل هذا التعليل ولان القصاص يعتمد المساواة في
العصمة ثابتة نظرا الى التكليف يعني عنده او الدار يعني عندنا انتهى اقول وتبع الشارح
المذكور في قول المص نظرا الى التكليف او الدار الى المذهبين كما ترى تحمل قوله الى التكليف على مذهب
الشافعي وقوله او الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المص قال في تعليل المسئلة السابقة ولنا
ان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح
ايضا هناك وهي العصمة بالدين يعني عنده او بالدار يعني عندنا فقد حملوا قول المص بالدين على مذهب

الشافعي

الشافعي واذا كان المعتبر في ثبوت العصمة عند الشافعي هو الدين فكيف يتم القول هنا بثبوتها عنده بمجرد
التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية في هذا المحل ثم اقول لعل كلمة
او في قول المص نظرا الى التكليف او الدار بمعنى الواو كما في قوله بستان كسر عظمه او كسر عظم من عظامه فيكون
المجموع على مذهبنا ويؤيده ما وقع في بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة او وعبارة الكافي والتبيين ايضا
فان المذكور فيهما في هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة في العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار
والى التكليف انتهى فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع ابقاء كلمة او على اصل معناه قلت لان التكليف
وحده لا يقتضي العصمة الموجبة للقصاص الا يرى انه اذا قتل مكلفا ولو كان مسلما في دار الحرب لا يجب القصاص
صرح به في عامة المعتبرات فلا بد من ان يكون في دار الاسلام ايضا قوله والمراد بما روى الحربي لسياقه ولا
ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة يعني ان المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي
بدليل سياقه وهو قوله ولا ذو عهد في عهده فانه معطوف على مؤمن في المعنى ولا يقتل ذو عهد بكافر ولا شك ان ذا العهد
وهو الذمي انما لا يقتل بالحربي دون الذمي فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون
المراد بذي العهد في الحديث هو المسلم دون الذمي قلنا لان العطف يقتضي المغايرة فلا جرم يكون المراد بذي
العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد اشار اليه المص بقوله والعطف للمغايرة فان قيل فلم لا يجوز ان يكون
قوله ولا ذو عهد في عهده ابتداء كلام اى لا يقتل ذو عهد في مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا
فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذلك في الثاني تحقيقا لمقتضى
العطف من المناسبة بين الجملتين هذا حاصل ما في الكافي واكثر الشروح في هذا المقام اخذا من المبسوط و
الاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدل به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره
ما ذكره الطحاوي في شرح الاثار ان الذي حكاه ابو جحيفة عن علي لم يكن منفردا ولو كان منفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولا
بغيره وهو قوله ولا ذو عهد في عهده واليه اشار المص بقوله لسياقه ولا ذو عهد في عهده ووجه ذلك انه عطف هنا
على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذو عهد مدة عهده
وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولا ذو عهد في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما انزل
اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذو عهد هو الحربي بالاجماع فيقدر بكافر حربي واذا لا بد من تقدير
حربي يقدر في المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك اعم والاعم لا دلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا
لا يكون دليلا هذا حاصل لفظ العناية اقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص
بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص اى لا يدل الاعم على ان يكون المراد منه هو الاخص وهذا معنى
ما يقال في العلوم العقلية لا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلث واما من حيث اندراج الاخص تحت
ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره ايضا الا يرى انا اذا قلنا

كل حيوان متحركا بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه
تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا امر لا يستريب فيها نحن فيه لو لم
يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافر اعم من الحربي والذمي لدل على ان لا يقتل مؤمن بشيء من افراد الكافر و
حصل مطلوب الشافعي ولم يلزم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على مدعاه كما زعمه الشارح المزبور
والثاني ان عدم كون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له لا يقتضي تقدير شيء في الحديث اذ لا يتبع تعيين معنى
الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يتبع بعد تعيين معناه فامعنى الا
على عدم عموم الكافر في الحديث بل زعم ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له على تقدير عمومه كما هو مقتضى
تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محذورا وهو ان لا يكون ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له لازم
ايضا على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رايه لان الحربي مباين للذمي لا محالة وعدم دلالة احد
المتباينين على الاخر اظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من ان يكون كافر في الحديث اعم ان لا يكون
ما فرضناه دليلا للشافعي دليلا له فلان لزم من ان يقيد كافر في الحديث بحربي ان لا يكون ما فرضناه دليلا
للشافعي دليلا له اولى فكيف يثبت تقدير حربي على رايه وبالجملة قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث
المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المص والعطف
للمغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام
ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق
فعلم ان المراد من الكافر الحربي انتهى اقول نظره في غاية السقوط لان قول المص والعطف للمغايرة ليس
لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ما توهمه من ان قوله عليه السلام ولا ذو عهد لم يعطف
على كافر بل لبيان مغايرته لمؤمن دفعا لاحتمال ان يكون المراد بذو عهد في الحديث من المؤمن ايضا اذ على هذا الاحتمال
لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بذمي ايضا عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي واما اذا
كان ذو عهد مغايرا لمؤمن فكان المراد به هو الذمي يتعين ان يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم ان لا يقتل
الذمي بالذمي ايضا مع انه خلاف مجمع عليه والعجب انه كونه مقصود المص من قوله والعطف للمغايرة ما ذكرناه
مع وضوحه في نفسه يرشد اليه جدا تقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه
ذلك الشارح قوله ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا قال جماعة من الشراح وهو قوله ولا ذو عهد
في عهده وحمله صاحب العناية على قوله لانه ليس بمحقون الدم على التابيد ولم يقبل احد من هؤلاء الشراح
حيث قال ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا انه ليس بمحقون الدم على التابيد وقيل هو اشارة الى قوله عليه
السلام ولا ذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا ذلك بكافر حربي
الا اذا اريد هناك بالحربي اعم من ان يكون مستامنا او محاربا وهو الحق ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم

قوله بخلاف الحربي اه

بالحربي

٤٠٢

بالحربي والجواب عنه وعن تعقيبه لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تاويل علم بقبل لما روينا الى
علامه اقول في قوله ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحربي والجواب عنه لان اذا اريد هناك
بالحربي ما هو اعم من المستامن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب
واجب فما معنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن
السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربي هناك هو المستامن فقط كما هو الاحسن وجزم به صاحب البدائع
حيث قال واما الحديث فالمراد من الكافر المستامن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده
عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول
انتهى قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده قال تاج الشريعة قلت خص به
عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص بعبده ولا بعبد ولده وذكر الامام البزدوي ان
هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فصلح مخصصا او ناسخا لحكم الكتاب انتهى اقول الحق ما ذكره
الامام البزدوي لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مما
خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبده ولا بعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتل الوالد ولده عن
عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالسنة ولو كانت من اخبار الاحاد ولكنه غير تام اذ تقرر
في علم الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به
واما اذا كان البعض من العام مخرجا بدليل منفصل عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي
ولا شك ان ما يخرج قتل المولى عبده او عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها
فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا اقل من ان يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرف في اصول
الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البزدوي قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه
قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناء الولد ولا محذور فيه فقال صاحب العناية
بعد ذلك ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه لا يستغني عن هذا السؤال والجواب انتهى اقول
فيه بحث اذ لا يدرى جهة سببية المقتول لفناء القاتل سوى استحقاق القصاص فلو قال فمن المحال
ان يتسبب لفنائه فاما ان اراد بتسببه لفنائه استحقاق القصاص فيرد عليه السؤال المزبور
ويحتاج الى الجواب المذكور واما ان اراد بها شيئا سوى استحقاق القصاص وهو غير معلوم فكيف
يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم قوله والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة
الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت او بعدت لما بينا اقول من العجائب
هنا ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام
ولم يطلقها وذكر فيها الاجداد من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب

اصلا لو وقعت لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقعت لك بحمد الله بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل اصول المقتولة
وان علوا خلافا لمالك فيهما اذا ذبحه ذبحا انتهى وانت ترى ان الجدة من قبل الاب مذكورة في الهداية هاهنا صراحة فكيف
خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في امرها **قوله** ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به
السلاح قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي
استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا انتهى اقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء
القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور ان يدل كلام واحد على نفي شيء
واثباته معا والحق ان يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما اشار اليه المص
بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحبا الكافي والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف
اي لا قود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم وقال اصحاب ابن
مسعود لا قود الا بسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح انتهى وقال في النهاية فان قيل يحتمل ان يكون المراد
من الحديث لا قود يجب الا بالسيف لا ان يكون معناه لا قود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء
القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يكن
حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوصا بالاستيفاء انتهى وقد ذكر هذا السوال
في الغاية ايضا ولكن قصر الجواب بعد ذكره فيها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية اقول في ذاك الوجه من الجواب
نظر لانه انما يتم ان لو كان مدار السوال على احتمال ان يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا واما اذا كان
مداره على احتمال ان يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لا قود كما هو الظاهر من عبارة السوال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز
ح في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس بابعد من المصير الى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول
الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الاخر قلت لا محيص عن تقدير شيء على المعنى الذي حملوا عليه ايضا فان معنى
الحديث على ذلك لا قود يستوفى الا بالسيف كما صرحوا به فلا بد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك بمعونة المقام
ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب **قوله** ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص اقول
اطلق الوارث هنا ولم يقيده بالحر وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة
احرار وكان الاولى ان يعكس الامر فانه اذا كان الوارث هنا رقيقا فالظاهر انه يجب القصاص للمولى عند ابي حنيفة
وابي يوسف كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء ح للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء
القصاص قطعا فلم يشتبه له الحق هنالك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء
واما اذا كانت الورثة ارقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة
احرارا لانه مات عبدا في تلك الصورة بلا ريب والتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك بناء على ان
مفهوم المخالفة معتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة

فلو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار او لم
وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق احد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما
تقرر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق ايضا وارثا قلت المراد
بالوارث هنا من كان من شانه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيحتمل التقييد
بالحرية والا يلزم ان لا يتم تقييد الورثة بالاحرار في الصورة الآتية ايضا مع انها قيدت بها في الكتاب وفي
اصل الجامع الصغير للامام الرباني **قوله** وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا
قال صاحب العناية ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له او له ورثة ارقاء لعدم الفائدة في ذكره
لان حكمه حكم المذكور في الكتاب انتهى اقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي عدم الفائدة
في ذكره بل يكفي بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة في ذكره الا يرى ان اكثر المسائل المذكورة في ابواب هذا
الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لان يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الاخر على ان تخصيص من له
ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور بخلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات
كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن تركه ذلك ان يقال
ان حكم المتروك هاهنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده
في قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة احرار فلان يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث اصلا او كان
له ورثة ارقاء اولى كما لا يخفى **قوله** بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينفسخ
بالعجز قال في غاية البيان قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا
لانه ذكر في المنتقى عن ابي ح انه لا قصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة فكانها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ
به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين
مختلفين انتهى اقول فيه نظر لانه قد مر من قبل ان اصل ابي ح وابي يوسف رحمهما الله ان اختلاف السبب
الذي لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب
عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند ابي ح في مسئلة معتق
البعض اذا مات عاجزا بان المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق
بسببين مختلفين اذ لا افضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فمن اين لا يثبت له الاستحقاق
عنده بمجرد اختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المص بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء
ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة هنا عقيب قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة
احرار الى آخره فحينئذ يتضح تتميم ما اجمله المص في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز بان يقال فالمولى
يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحق في البعض المعتق بالارث فيكون السببان لجهتين

الى التخصيص فبلى اختلافهما للافتقار الى المنازعة تامل تقف **قوله** واذا قتل ولى المعتوه فلابيه ان يقتل
يعني اذا قتل قريب المعتوه فلاب المعتوه ان يقتل اعله ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية في شرح
هذه المسئلة واذا قتل ولى المعتوه يعني ابنه فلابيه وهو جد المقتول الاستيفاء اقول هذا تفسير بيان
المسئلة فان من كان القصاص لحق المعتوه دون ابيه غير منحصر في ابن المعتوه بل يتم ابنه وغيره كاخيه واخته لامه
من غير ابيه وكامه المطلقة من ابيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحتمل التعميم فان ولى المعتوه بمعنى قريبه يتم الكل
فالمعنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية اصاب في تفسير ولى المعتوه ولكن افسد بعده حيث قال
واذا قتل ولى المعتوه اى قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلاب المعتوه وهو جد المقتول ولاية
استيفاء القصاص انتهى واقتفى اثره جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم
ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص **قوله** لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر
فيليه كالانكاح قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من يملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان
الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فاقول ليس هذا بشيء لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن
ثمه من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمه ولى اقرب منه فاذا كان ثمه اقرب منه
فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك
سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية اقول ما نسبه الى بعض الشارحين
من قول الشارحين سواء ورده عليهم مردود فانه ناش من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام
انه اذا قتل احد ممن كان القصاص لحق المعتوه دون حق غيره كان لاب المعتوه ولاية استيفاء القصاص من
القاتل نيابة عن المعتوه كما ان له ولاية انكاح المعتوه ومراد الشراح التنبيه على انه ليس كل من يملك انكاح الغير
يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما
بخلاف الاب فانه يملكهما معا فبينوا وجه الفرق بان القصاص شرع للتشفي وللاب شفقة كاملة يعتبر ضرر الولد
ضرر نفسه فيجعل ما يحصل له من التشفي كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء
القصاص اذا لم يكن ثمه من هو اقرب منه كالاب والابن ان اراد به انه يملك ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو
الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فمسلم ولكن
لا تعلق له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام هنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون ان يستحق
القصاص بنفسه اصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما ينبئ عنه جدا عبارة المحيط البرهاني فانه قال
فيه واذا وجب القصاص لصغير او معتوه في النفس او فيما دون النفس فللاب ولا حق للاخ في هذا القصاص فان
الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعي انتهى وان اراد به ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير ايضا
وان لم يستحق بنفسه اصالة فهو ممنوع جدا ولم ار في شيء من كتب الثقات احدا ذهب اليه فعليه بالدليل الخ

ذكره

ذكروه في الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضي خلاف ذلك قطعا **قوله** وله ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه قال
جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية
انتهى وكذا ذكر الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرح هذا اذا صالح على مثل الدية اما اذا
صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث
جوز صلح ابي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله ان يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي ان يجوز الصلح على
اقل من قدر الدية عملا بالاطلاق وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص
والصلح اولى والنفع يحصل في القليل والكثير الا ترى ما قال الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل
قصاص في نفس او فيما دونها فصالح صاحب الحق منه ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال او كثيرا كان ذلك دون
دية النفس وارش الجراحة او اكثر الى هنا لفظه اقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المسائل
صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به ولها نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز ان يكون
الامر هنا كذلك والظاهر ان الشراح اخذوا التقييد هنا من كلام مشايخنا المتقدمين من اصحاب التخريج
ولا يبعد ان يصل بعض نفس الشراح ايضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد
في هذه المسئلة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع
يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر
لا يعد نفعا عرفا وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد ان يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا
عرفا وعادة واما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي انما كان
المصالح ما حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير المال وقليله جائز بلا ريب اذ له اسقاط
حقه بالكلية بلا اخذ عوض عنه اصلا فترك مقابلة قليل اولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح هنا ولى صاحب
حق القصاص وهو ابوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكون
ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هنا ايضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه اصالة وبين المتصرف
لغيره نيابة ثم اقول بقي شيء في اصل الدليل الذي ذكره المص بقوله لانه انظر في حق المعتوه وان
الصلح على مال اذا كان انظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص قبل
المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعى
ما هو الانظر له ويمكن ان يجاب عنه بان كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الانظر
لان في ذلك ايضا حصول اصل النظر بل انما تقتضي اولوية العمل بذلك فلم ينف احدا اولوية المصالحة
على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة انظر في حق المعتوه من القصاص في كل الوجوه ممنوع ودلالة
عبارة الكتاب عليه ايضا ممنوعة فيجوز ان يكون المصالحة انظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة

مال وان

الالد ويكون القصاص انظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن نفسه فانهم صرحوا بان المتفق
بالقصاص تشفي الصدر او دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما اشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص
حيوة فح لا يلزم ولاية الحمل بالمصالحة نرلنا فضلا عن وجوبه **قوله** ومن قتل وله اولياء صغار وكبار
قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير **اقول**
هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار
والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول اخوان احدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده
لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار **والظاهر** في التصوير ان يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار
وبعضهم كبار **وغاية** ما يمكن في توجيه كلامهم في ذلك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المص على وفق
عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الاشارة الى انه لا احتياج في تحقق مادة
هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين ايضا
قوله كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولبين **قال** صاحب النهاية في شرح قوله او كان
بين المولبين اي واحدهما غائب واقتفى اثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في اكثر المحال **اقول** ليس
هذا الشرح بصحيح عندي اذ لو كان مراد المص هذا المعنى لكان ذكر قوله او كان بين المولبين مستدركا محضا
اذ يتناوله ح قوله كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب فيستغنى عن قوله او كان بين المولبين وايضا لو كان مراده
ذلك لما قدم قوله واحدهما غائب على قوله او كان بين المولبين بل كان عليه ان يؤخر قوله واحدهما غائب عن ذلك ليتعلق
بمجموع القولين فلا يحتاج الى التقدير في الثاني **والصواب** في شرح قوله او كان بين المولبين ان يقال اي واحدهما مغير
اذ لا يلزم ح شيء من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المزبورين اشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للاخرى
وبه يفصح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المولبين فيما اذا
العبد مشترك بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل ان يدرك الصغير بالاتفاق
انتهى بتغيير **قوله** ولما انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة **اقول** في تمام الاستدلال
بعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجد محذورا
في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر ان القرابة التي لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق
ولي القتيل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب ايضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطأ مع انه لا شك ان
تجزي الدية لانها مال والمال متجز بلا ريب **فالاظهر** في بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية
اثنا تقرير دليل الامامين وهو ان القتل غير متجز لانه تصرف في الروح وذا لا يقبل التجزي **ثم ان** بعض الفضلاء طعن
في قولهم هنا ان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة
انتهى **اقول** نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة ايضا كما صرحوا به مع ان السبب في الزوج

والزوجة

والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا ان الظاهر ان قولهم هنا وهو القرابة
انما بناء على التغليب لكون اولياء القتيل في الاكثر قرابته واما بناء على انهم ارادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب
للارث دون حقيقة القرابة فيتم الكل **قوله** واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا
كما في ولاية الانكاح **قال** الشراح وجه ابي حنيفة مبني على ثبوت الفرق بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو
في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر
فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز واما العفو في الصغير فمايوس حال الاستيفاء القصاص لانه
ليس من اهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المآل لا تعتبر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص
لاحتمال ان يندم ولي المقتول على قتله فيقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغير للامام المحبوبي **اقول**
لقائل ان يقول اذا لم يكن للغائب شعور بان يكون قريبه مقتولا بان كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل
فانى يتوهم منه العفو في الحال اذ العفو عن الشيء فرع الشعور به فحيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه وفي مسئلة
الغائب تعم مثل هذه الصورة ايضا فكيف يتم فيها ما ذكروا من التفرقة **ثم اقول** يمكن ان يدفع ذلك بانه
يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في تلك الحالة او قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته وبرئت
منه فيندرج في هذه الكلية عفو عن قتل قريبه ايضا ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة ان
كان بعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفي القصاص بها بالاجماع ولعل حل
هذا المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد اهمله الجمهور **قوله** ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا
بالمثقل وفيه خلاف ابي ح **اقول** كان حق التحرير هنا ان يقول وفيه خلاف ابي يوسف ومحمد لان الحكم المذكور
فيما سبق في اصل المسئلة وجوب الدية عند الاضافة بالعود لا وجوب القود عند ذلك وخلاف ابي ح في وجوب
القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين مذهب ابي ح وانما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد
وقصور تحرير المص هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له احد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه كأنهم
لم يتنبهوا له **قوله** لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه **قال** صاحب النهاية وقوله لهم اي للشافعي ولهما لكن
للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول انتهى وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب
العناية حيث قال وقوله لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما
بالمعقول انتهى **اقول** لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المص اعاد لام التعليل في المعقول
حيث قال ولان الآلة قاتلة وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قاتلة الى آخره معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام
من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور ان لو كان المعنى لهم الحديث
والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي ان يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون الا بتشاركهم في مجموعهم
في كل واحد من الدليلين تأمل تقف **وقال** صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية او للشافعي الاستدلال

ولما احتمال ان يحصل العفو للغائب بقتل قريبه ... [illegible]

الحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء وظهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعلم الاستيفاء
بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف انتهى قولـه وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية
الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل باحدهما دون الاخر مع كونه
لا يخلو عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب ان يترك بقوله عليه السلام
لا قود الا بالسيف ان لو ثبت تاخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عم من غرق غرقناه او ثبت كونه
اقوى منه وشئ منهما لم يثبت لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لانا نقول لو كان كذلك
لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفى القصاص الا بالسيف لان الساقط
لا يصلح لان يتمسك به مع ان ائمتنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم اقول الاولى عندي في
توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد ومالك والشافعي كلهم الا ان الشافعي يبقيه على ظاهره فيحمل التغريق
على حقيقته واما الصاحبان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه السلام
غرقناه اهلكناه ويكون التعبير بغرقناه للمشاكلة لقوله من غرق وانما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث
وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول انه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب
المخلص مهما امكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا المخلص عندهما تيسر بحمل التغريق على الاهلاك والقتل على
الكناية بدبر قولـه ولقوله عليه السلام الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطا ارش اقول
في دلالة هذا الحديث على مدعى ابي ح في مسئلة التغريق خفاء كما ترى ولم يتعرض احد من الشراح لبيان وجه دلالته
على ذلك المدعى ايضا فانه لا يدل عليه دلالة اقناعية وان امكن التوجيه ببعض من التمحلات ولعل هذا هو السر
في ان صاحب الكافي ترك التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب
الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل قولـه
لقوله تعالى والجروح قصاص اي ذات قصاص كذا في التفاسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكنز اي ذو قصاص
اقول لا وجه لتذكيره ههنا الا بتمحل ركيك لا ينبغي ان يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القران العظيم قولـه
ولو قلع من اصله تقلع الثاني فيتماثلان قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام وفي
قلع السن من اصله لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما يفسد به لثاته ولكن يبرد بالمبرد الى
موضع اصل السن وعزاه الشراح الى المبسوط اقول اسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فان
احدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على خلاف ما ذكر في الكتاب
وكان من داب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكانهم لم يروا اصلا نعم القول الذي نقلناه
ههنا عن المص غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بمثابة ان لا يطلع عليه احد من الشراح

كيف

كيف وقد اخذه صاحب الوقاية فذكر في متنه حيث قال ولا قود في عظم الا السن فيقلع ان قلعت وتبرد
ان كسرت وكان ماخذ متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق
ههنا هو انه اذا قلع سن غيره هل تقلع سنه قصاصا ام يبرد بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم فيه روايتان
كما افصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد
مقدار ما كسر من سن الاخر وهذا بالاتفاق وان كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري انه لا تقلع سن
القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الائمة السرخسي وذكر شيخ
الاسلام في شرحه انه تقلع سن القالع واليه اشار محمد في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع والنزع و
القلع واحد وفي الزيادات نص على القلع الى ههنا لفظ المحيط قولـه وليس فيما دون النفس شبه
عمد انما هو عمد او خطا قال صاحب العناية قد ذكر مرة لكنه ذكر هناك انه عمد وههنا انه عمد او خطا فيحمل
الاول على ان المراد به ان امكن القصاص انتهى قولـه يرد عليه ان مراد المص لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب
العناية في شرح كلام المص هناك بان قال يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا فان مقتضى ذلك
الشرح ان لا يكون بين كلامي المص في المقامين فرق كما لا يخفى ثم اقول التحقيق ان ما ذكره المص ههنا
عبارة القدوري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير المعنى الاخرى فان
ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه ان ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد
الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح عند ابي ح وبما لا يقتل به غالبا عند ابي يوسف ومحمد والشافعي
فهو عمد فيما سوى النفس سواء امكن القصاص به او لم يمكن لمانع يمنع عنه فان سقوط القصاص لمانع يقع في القتل
العمد في النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمدا وكما اذا ورث الابن قصاصا على ابيه فلان يقع في العمد في الاطراف
اولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد او خطا ان الذي كان فيما دون النفس عمدا وخطا لان شبه العمد عمد او خطا
فان ضمير هو في قوله انما هو عمد او خطا راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد اذ لا مجال لان يكون شبه العمد
خطا لا في النفس ولا في الاطراف لان تعمد الضرب معتبر في مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطا فاذا كان
معنى الكلامين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بان المراد به ان امكن
القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قررناه تبصر قولـه ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والاذن
بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربي والمستامن والنص العام
اذا خص منه شئ يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روي عن عمران بن حصين انه قال قطع عبد لقوم
فقراء اذن عبد لقوم اغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى قولـه
فيه نظر اما اولا فلانه قد تقرر في علم الاصول ان النص العام اذا خص منه شئ بكلام مستقل موصول به يكون

ذكر العام المخصوص منه البعض ظنيا في البواقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد واما اذا خرج من النص العام
شيء بما هو منفصل عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا في الباقي بل يكون باقيا على حاله الاولى ولا شك ان
مخرج الحربي والمستأمن من الاية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الاصلية
فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد وقد عرفت هنا غير مرة نظير هذا التقرير فحاله واما ثانيا فلان حديث
عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيها
بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقي الاعتراض باطلاق الاية المذكورة في هاتين الصورتين
فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب ان يقال ان الاية المذكورة آية القصاص والقصاص ينبئ
عن المماثلة فالمراد بها في الاية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير
هاتيك الاية من التنزيل حيث قال معناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة واشار اليه المص
في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا
واشار اليه هنا ايضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الاية المذكورة مجراة على ظاهرها
الاطلاق فما صح يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها
ولا قصاص في العين اذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وكذا الحال في قطع اليد او
الرجل من غير المفصل وكذا فيما اذا قطع الحر طرف العبد فظهر ان المدار في وجوب القصاص امكان
وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي
في هذا المقام اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو ان يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة
في الاطراف وانه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه ان يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون
العكس الا يرى ان الشلاء تقطع بالصحيحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل ايضا وان خرج
كان في طريق دفعه طرائق قددا فقال صاحب العناية فالجواب انا قد ذكرنا ان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب ان يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا
والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي ان لا
يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة يشعر بالمماثلة ينبغي
ان يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم ان يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة
الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى اقول فيه بحث اما اولا
فلان ما ذكره من ان التفاوت المالي يجب ان يعتبر مانعا مطلقا واما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا
للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الاكمل ولا يعتبر مانعا من جهة الانقص تحكم بحت
لان العلة التي اقامها على ان الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي انه اسقاط والاسقاط جائز في

الاطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول ايضا اذ لا شك انه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة
يجوز له اسقاط حقه المالي ايضا بلا تفاوت بينهما فينبغي ان لا يعتبر التفاوت المالي ايضا مانعا من جهة الانقص
واما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل
قطعا فان الشرع جعل ارش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل ارش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرح
به في الديات واشار اليه صاحب الغاية ههنا ايضا حيث قال في اثناء تعليل المسألة التي نحن فيها ولان
ارش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور
قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء
الاكمل بالانقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما
بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا المعنى وهو ان التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذا رضي
بالاستيفاء يجعل مبرئا لبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الاكمل بالانقص
وان رضي به القاطع لانه يكون بالرضى باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا
كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء ههنا بطريق اسقاط البعض ولا بطريق
البذل انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية اقول وفيه ايضا بحث اذ الفرق
بين التفاوت الحسي وبين الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم ايضا فانه اذا تحقق التفاوت بين
الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضي بان يستوفي الانقص من صاحب الانقص بمقابلة
الاكمل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت امرا حسيا
او امرا حكميا واما صاحب الانقص فان رضي بان يستوفي منه صاحب الانقص الاكمل بمقابلة الانقص
يصير باذلا للزيادة حقه بالضرورة ايضا بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا او حكميا
والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف واما اسقاط الحق بالرضاء والاختيار فجائز في جميع الامور
فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل
الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لا نسلم ان اسقاط بعض الحق وبذل
زيادة فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال
والنقصان فلا جرم يكون الرضى بالناقص منها عند استحقاق الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون
ايفاء الكامل منها بدل الناقص بذلا للزيادة كيف ولو سلم ذلك لنا ان لا يتم اصل دليل المسألة
التي نحن بصددها فان مدار ذلك على انعدام التماثل بتحقق التفاوت الحكمي بينهما وقال صاحب
الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا
باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله

وان كان التساوى فى الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفا
الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضى به صاحب الحق انتهى ويقرب منه هنا ما ذكره تاج الشريعة فى الفرق
بين المسئلتين اقول فيه ايضا بحث لانه ان اريد ان شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الاصل ولا
اعتبار للتفاوت بحسب امر عارض يلزم ان يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز
عكسه لانهما متساويان بحسب اصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب امر عارض وهو الشلل مع انه لا
يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان اريد ان شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه
لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضى صاحب الحق به لرضاء صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا
لتحقق المساواة المعتبرة فى شرع القصاص فمع اباء عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم ان يجوز استيفا
طرف المرأة بطرف الرجل ايضا اذا رضى الرجل به لوجود رضاء صاحب الحق باسقاط بعض حقه فى هاتيك
الصورة ايضا مع انه لا يجوز عندنا اصلا فتأمل حق التأمل فلعل هذا المقام على وجه يندفع به الاشكال
عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات **فصل** قال فى العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور
الجناية وموجبها اتبعه ذلك فى فصل على حدة انتهى اقول فيه كلام اما اولا فلان الصلح
عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها
لا يكفى فى اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من مسائل الكثيرة المختلفة كما ترى واما ثانيا فلان كون
تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضى مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره
فى فصل على حدة فلا معنى قوله فى تالى الشرطية المذكورة اتبعه ذلك فى فصل على حدة **قوله** ولانه حق
ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا اقول لقائل ان يقول لا يلزم من جريان
الاسقاط عفوا فى شئ جريان تعويضا ايضا فيه الا يرى ان للشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد
ان ثبت له حق الشفعة ولا يصح ان يصالح عن حق شفعته على مال كما مر فى كتاب الصلح فليتأمل فى الدفع
قوله واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص
فكان لهم نصيبهم من الدية اقول فى عبارة الكتاب هنا فتور من وجوه الاول ان كلمة عفا تعدى
بعن وقد عداها فى الكتاب عن حيث قال من الدم والثانى انه يقال صالح عن كذا على عوض فذكر فى الكتاب
كلمة من موضع كلمة عن حيث قال او صالح من نصيبه على عوض والثالث ان عبارة النصيب فى قوله او صالح
من نصيبه توهم تجزى القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر ان القصاص غير متجزئ فيثبت لا
لكل واحد منا وليآء القتيل فالاظهر فى وضع هذه المسئلة ان يقال واذا عفا احد الشركاء عن الدم
او صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين فى القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب
انما اصاب المحز فى قوله فكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الاموال فكان لكل واحد

منهم

منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث واما حق التعبير فى شان القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب
كما نبهنا عليه ومن هنا قال عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض فى القصاص
سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى **قوله** واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك
والشافعى فى الزوجين قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على انه ليس للزوجين حق فى القصاص
والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح والاسرار ان خلاف مالك فى الزوجين فى الدية خاصة
واما فى حق القصاص ففيه خلاف ابن ابى ليلى فى الزوجين ونقل عن الاسرار ان الشافعى يقول لا حظ للنسا
فى استيفاء القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم ان ما ذكره فى الكتاب من انه لا حظ للزوجين فى
القصاص والدية عند مالك والشافعى مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار اقول فيه نظر لان ما ذكر
فى الكتاب انما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لو كان معناه انه لا حق للزوجين فى القصاص والدية جميعا عند
مالك والشافعى وهو غير مسلم لجواز ان يكون قوله فى الصحيح خلافا لمالك فى الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية
وحده لا بمجموع قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع ارشاد اليه فصل
قوله وكذا الدية بذكر لفظة كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية فى بيان الخلاف ايضا لقال او اصل
هذا ان القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين ومن هنا قال تاج الشريعة
فى شرح قوله خلافا لمالك والشافعى فى الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا لان
وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص فى شرح ذلك ويوافقه تحرير صاحب
الكافى هنا حيث قال والاصل ان القصاص حق الورثة وكذا الدية فقال مالك والشافعى لا يرث
الزوجان من الدية شيئا انتهى وقال صاحب الغاية بعد نقل ما فى النهاية وهو مؤاخذة ضعيفة لانه
لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى اقول ما ذكره
نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحته فى الكتاب بالكلية بل اراد بيان مخالفته لما فى الكتب
الثلثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لا سيما المبسوط والاسرار فان صاحبيهما من اساطين الائمة
ولا نسلم ان المشهور من مذهب مالك والشافعى ان ليس للزوجين حق فى القصاص والدية جميعا بل
المشهور من مذهبهما ما ذكر فى تلك الكتب فالاوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر فى الكتاب بما نبهنا
عليه آنفا **قوله** ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم الضبابى من دية زوجها اشيم
اقول فيه شئ وهو ان هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق
بالزوجية فى حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك فى حق القصاص والعمدة ههنا هو الثانى وانما ذكر الآخر
استطرادا كما ترى **قوله** ولانه حق يجرى فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن
كان القصاص بين الصلبى وابن الابن فيثبت لسائر الورثة اقول فيه ايضا شئ وهو ان هذا

التعليل وان كان يتمشى في القصاص ايضا الا انه لا يتمشى فيه على اصل ابي حنيفة وانما يتمشى فيه على اصل ابي يوسف
ومحمد فانه سيجيء في اول باب الشهادة في القتل ان القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية ولما
عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح ان يقال من قبله انه حق يجري فيه الارث مع ان المدعى
هنا وهو قوله واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية ما اتفق عليه ائمتنا قاطبة فكيف
يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المص في تتمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان
القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعا لان هذا انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول والكلام فيه
اذ لا خلاف فيه بين ائمتنا الثلثة فان حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل
موته وراثة من المقتول عندهما وخلافة لا وراثة عند ابي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت
له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدر كما ستطلع على تفصيله في بابه
والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على اصله فليتأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح
هذا التعليل واما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب ان يكون في حق الزوجين
كذلك لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يستند الوجوب الى سببه
وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى **اقول** قد زاد هذا الشارح ههنا
نغمة في الطنبور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر بان لا يتم هذا
التعليل على اصل ابي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بانهما يعني
القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت ان القصاص ليس بموروث
من المقتول عند ابي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى
سبيل الرشاد **قوله** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالا
عليه اهل صنعاء لقتلتهم **قال** في النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص
لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس بحق
المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شيء يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة
يكون مثلا للواحد فكيف يكون العشرة مثلا للواحد وايد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها
ان النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكنا تركنا هذا القياس بما روي
ان سبعة من اهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالا
عليه اهل صنعاء لقتلتهم انتهى كلامه **اقول** فيه بحث لانه صرح بان هذا القياس مؤيد بقوله
تعالى وكتبنا عليهم ان النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس
بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وهذا لا يجوز

بما روي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رضي الله عنه كان منفردا في قضائه وقوله المزبور فظاهر لان قول
صحابي واحد وفعله لا يصلحان المعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم
اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به
في العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر في علم اصول الفقه ان الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب
ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشيء منهما فالحق في اسلوب تحرير هذا المقام ان لا يتعرض
لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما هو مقتضى القياس في هذه المسئلة او ان يبين عدم
المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما
بعيد هذا القول **قوله** ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب
تحقيقا لحكمة الاحياء قال صاحب العناية لقائل ان يقول ما ذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا
على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان
النفس بالنفس والجواب انه قياس على سائر ابواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من افعال
العباد ويربو على ذلك بقوة اثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه
لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد انتهى كلامه **اقول** فيه نظر لان جعل الاشخاص
المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزي عن مجموعهم وجعلهم مساوين
لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن
مساعدة العقل والنقل وايضا ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسئلة الآتية من ان الاصل عند ائمتنا ان
كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤسهم فحصلت
المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي ههنا ان يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه
المسئلة اذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل هو مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى
والمقصود منه الاحتراز عن ان يقتص النفس بغير النفس كما في قوله والعين بالعين والانف بالانف ونحوها
واما انه هل يتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل او المقتول فانما يستفاد
ذلك من دليل آخر الا يرى ان العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع ان قوله تعالى والعين
بالعين لا يدل عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا ههنا تبصر **قوله** ولنا ان كل
واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاز التماثل واصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص **اقول**
فيه اشكال اما اولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال امر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع
على معلول واحد بالتشخص وهو محال كما تقرر في موضعه واما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول
بان جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد

والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول هنا بتحقق التماثل في القتل
الاول ايضا ينافي ذلك اذ يلزم ح ان يكون جواب المسئلة هناك جوابا بالقياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد
ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة
المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد
بالشخص ممتنع عقلا وفي اعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع في نفسه لا وقوع له في شئ ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة
فيما نحن فيه لانهم صرحوا بان شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المعتدي على تقدير الزيادة ولئلا يلزم البخس
لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ولا شك ان الظلم والبخس انما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية واما في مجرد
اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الامر عن الظلم او البخس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في احكام الشرع
قوله ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزى اقول لقائل
ان يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله
دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الخ ثم ان صاحب العناية قال في شرح
هذا الدليل يعني ان القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين
كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما ان يضاف اليها توزيعا او كملا
والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا لو حلف جماعة كل منهم ان لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله
حنثوا انتهى اقول فيه نظر لانه لا يلزم منه ان لا يجوز اضافة القتل الى كل العلل توزيعا بناء على ان القتل
لا يتجزى تعين ان يضاف الى كل واحد منهم كملا بل يجوز ان يضاف كملا الى المجموع تلك العلل من حيث هو مجموع
بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص في لا يتم المطلوب
كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بان مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاذا اجتمع جماعة
على قتل رجل معهود من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل
فلانا وان كان القتل في الحقيقة كما لا يضاف الى مجموعهم من حيث هو مجموع مجازا فيكون بناء حنث كل واحد
منهم في مسئلة الحلف على العرف واما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم اقول كل واحد من ذينك
الدليلين المذكورين في الكتاب انما يتمشيان فيما اذا حضر اولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة واما فيما اذا حضر
واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر ايضا في الكتاب فلا تمشية لشئ منهما اذ لا يتصور
ان يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل اصلا انه قاتل فضلا عن ان يقال له انه قاتل بوصف
الكمال وكذا لا يتصور ان يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغي ان يجب للباقين المال في هذه الصورة
فليتامل قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفي به اقول فيه كلام
وهو ان تحقيق الاحياء حكمة القصاص ومجرد حصول حكمته لا يتم امر بل لا بد من حصول شرائطه ايضا ومن جملتها المماثلة

الاترى

الا ترى انه لا يقتل المسلم ولا الذمي بالمستأمن وكذا لا يقتل احد بولده ولا بولد ولده ولا بعبده ولا بمدبره ولا
بمكاتبه الى غير ذلك مع ان حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض
شرائطه او لتحقق بعض موانعه وعندنا ان قال الشافعي فيما نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه
قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو مبنى القصاص كيف يتم ان يقال في مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفي به
ولعل صاحب الكافي فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته ان يقتفي اثر صاحب الهداية قوله لان
الاول عمد والثاني احد نوعي الخطا قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد اقول هذا خبط ظاهر لانه قد تقرر في الكتاب
ان الخطا على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطا
في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا ولا شك ان ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المص
هنا كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا قوله قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا اصاب حيوانا ومزق جلده يسمى
جرحا وان قتله سمي قتلا وان اصاب الكوز وكسره سمي كسرا فكذلك يجوز ان يكون بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة
الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد باسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في ان
يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى اقول نظره ساقط اذ الظاهر ان ما ذكره ذلك القائل في تسمية
الفعل الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة واوصاف متضادة اليه باسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل
الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامي المختلفة الا يرى ان الرمي من حيث انه اصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتلا بل
يسمى كسرا وكذا من حيث انه حيوانا ومزق جلده او قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا او قتلا واذا تقرر ان اختلاف
تلك الاسامي باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامي ايضا فكان مناسبا
لما نحن فيه مفيدا له ثم ان قوله وانما الكلام في ان يتعدد الفعل الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين ان اراد به
الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين في الحقيقة فلا نسلم ان الكلام
فيه بل لا نسلم امكان ذلك وان اراد به ان الكلام في ان يتعدد الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة
اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد الاسامي تعددا ناشيا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة
كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت آنفا ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول الخطا يستلزم الاباحة لكونه سببا
للكفارة وهو لا يكون الا امرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب ان الخطا هو تحقق الجناية في افعال
مخالفة نطق الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان او لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا
وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح لا محالة انتهى اقول
في تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله او لقصده مطلق بقوله كمن رمى الى الهدف فاصاب انسانا وكالذي نحن
فيه يشعر بان يكون الاصابة الى الانسان عند الرمي الى الهدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطا في القصد وليس كذلك
قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطا في الفعل كما بيناه من قبل **فصل** لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر هنا الفعل

حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا في الشروح قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا
قبل ان تبرأ يده الخ اقول لقائل ان يقول اذا اختلف حكم الفعلين بان يكون احدهما عمدا والآخر خطأ
يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء ولم يتخلل كما سينكشف في الاصل الآتي ذكره فيكون قوله
قبل ان تبرأ يده في وضع هذه المسئلة مستدركا لتمام جوابها وهو ان يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك
القيد بل يوهم ذكره ان لا يكون الجواب كذلك فيما بعد ان تبرأ يده بناء على ان تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل
على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به ومن هذا قال في وضع المسئلة الثانية او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون
ذكر ذلك القيد ثم اقول يمكن ان يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الاولى التنبيه على ان الامر على ان تخلل
البرء ليس بموثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا اعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتخلل البرء ففيما اذا
تخلل ذلك اولى وبهذا يندفع ايهام ان لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم يتخلل فان تخصيص
الشيء بالذكر انما يدل في الروايات على نفي الحكم عما عداه ان لو لم يكن ما عداه اولى بثبوت الحكم المذكور له واما اذا
كان اولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالاولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما
نحن فيه من هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة
الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة
والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلا بد في الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء
في البين قوله فصار كتخلل البرء قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ اقول كيف
يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المص رحمه الله فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين على ان تعليليه
بازاء تعليلي ابي حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثاني وهو قوله ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام
اثر الفعل الى آخره واقع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كانا خطأين تأمل تفهم وقال
صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي ان لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسئلة
مجتهد فيها فالقاضي يقضي على وافقة رأيه انتهى اقول في الجواب نظر فان قول المص بعد بيان خيار الامام
وهذا عند ابي حنيفة يأبا هذا الجواب جدا فان قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على وافق رأيه ليس
بقول ابي حنيفة فقط بل صاحباه ايضا يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير
ان يكون الخيار للامام عند ابي حنيفة واما اذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الائمة السرخسي ونقل
عن الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه
يبين لهم ان لهم الخيار فلا تمشية رأسا للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد ان يقال فما معنى قول المص
في هذه المسئلة بان للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بان يؤخذ بالامرين جميعا وعلة تعذر
الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب قوله ولان اسم القطع يتناول السارى

والمقتص وكان المعفو عنه عفوا عن نوعيه اقول اسلوب التحرير يقتضي ان يكون ما سبق دليلا تاما لهما
وهذا ايضا دليلا آخر مستقلا لهما لكن لا يخفى على الفطن ان ما سبق لا يتم دليلا لهما بدون انضمام هذا
اليه لانا اذا لم نقرر ان اسم القطع يتناول السارى والمقتصر لا يتقرر كون القتل احد موجبي القطع فانه اذا لم
يتناول اسم القطع السارى ايضا لا يتصور كون القتل احد موجبي القطع اذ لا يحتمل ان يكون القطع المقتصر
موجبا للقتل ايضا تدبر قوله وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس قلت وكان ينبغي ان يقول وكان
الظاهر ان يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي ان يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب
القياس الا ان موجب القياس هو الظاهر في بادي الرأي قوله ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد
في هذه الوجوه وفاقا وخلافا قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الوجوه الاربعة التي هي
العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية
انتهى اقول ليس هذا بسديد لان معنى كلام المص هٰهنا ان محمدا اجرى القطع خطأ مجرى العمد
في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا
في كلام محمد في الجامع الصغير قط وانما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف
في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما اشبه ذلك وكذا ذكره المص في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا
الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات والمص هٰهنا بصدد بيان ما تبيّنا وله كلام محمد
في المسئلة المارة التي هي مسئلة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون ذلك
كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل
العفو عن الشجة ايضا فالوجه ان مراد المص بهذه الوجوه هي الوجوه الثلثة وهي العفو عن
القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لان هذه الثلثة هي
المذكورة في مسئلة الجامع الصغير واما العفو عن الشجة فقد ذكره المص فيما مر استطرادا وبين
ان حكمه كحكم ما ذكر في مسئلة الجامع الصغير اخذا مما ذكره فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قوله اذن
بذلك اطلاقه اي علم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع عن
يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولا لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب
الغاية بعد ان شرح المقام كذلك هذا تقريبا اقتفاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا
لان محمدا قيده بالعمد في اصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذا قيده الفقيه ابو الليث وفخر
الاسلام الصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح دعوى الاطلاق
انتهى واما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فقالوا هٰهنا واجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم ان
لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فانه

يتبين ان مراعاة العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا اشكال اذ القيد غير ملفوظ لكن الجني
انما هو لاحد نوعي القطع فتقدير فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم **قوله** لا يذهب عليك
ان جوابهم هذا لا يسمن ولا يغني من جوع اذ الاشكال مقصود المص هنا بيان اجراء محل القطع خطأ مجرى العمد
في احكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب ان حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع
الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤخذ مجرد الملاق وضع المسئلة اشتراك نوعي القطع في الحكم اذ لو آذن
ذلك اشتراكهما في الحكم لآذن اشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب وتحول في ماله مانع عن ذلك لا محالة
فلا موذن للاشتراك قط فلم يتم قول المص آذن بذلك اطلاق فتامل **قوله** لان موجب العمد القود ولم
يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال قال في العناية فيه بحث وهو ان القصاص موروث بالاتفاق فكيف
لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه ان المص نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما
لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال ايضا ان
لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنياء
خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم اغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال
فلو لم يتعلق به التصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى **قوله**
في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك اما الاول فلانه سيجئ في اول باب الشهادة في
القتل ان القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند ابي حنيفة واما عندهما فيثبت للقتيل
ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية فقوله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح
فقد تنظر هنا من صاحب الغاية في الفصل السابق وبينت بطلانه هناك ايضا فتذكر واما الثاني فلانه لم يقع
التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند امامنا الاعظم بل سيق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه
موروثا بالاتفاق الا يرى الى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث **قوله**
اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة تعلق به فيعتبر من الثلث قال جمهور الشراح فان قيل القاتل واحد من العاقلة
فكيف جوز الوصية بجميع الثلث هنا حتى صح في نصيب القاتل ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا
انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل اوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عن المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا
مبتدا وذلك جائز للقاتل الا يرى انه لو وهب له وسلم جاز انتهى كلامهم واورد بعض الفضلاء على قولهم الا يرى
انه لو وهب له وسلم جاز بان يقال فيه بحث لان الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجئ في كتاب الوصية انتهى
اقول ان اراد ان الهبة في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع الا يرى ان الهبة عقد منجز
والوصية عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان اراد انها في حكم الوصية في بعض الوجوه ككونها معتبرة من
الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه ان لا تصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يجدي

قدرها

يعني صاحب النهاية وتاج الشريعة وصاحب العناية

قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم **قوله** ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف
وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الاطراف فكيف
يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلي في العمد القصاص قضية لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا انه
تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي الرجل والمرأة انتهى **قوله** في الجواب نظر لان اطلاق
قوله تعالى والجروح قصاص لمثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينبئ عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتعلق به القصاص
ومن هنا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المص
هذا المعنى في اول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص
في قطع يد من غير المفصل وقد تقرر فيما مر انه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في الاطراف فلا يندرج في قوله تعالى
والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم ان ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده
فاقتصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير ارش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح
قاطبة في اول هذه المسئلة وعزاه جماعة منهم الى الامام قاضي خان والامام المحبوبي وقالوا اشار اليه المص
بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصلي هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمرأة ايضا لزم ان يكون التزوج
في صورة الاقتصار ايضا تزوجا على القصاص فلزم ان لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية ولزوم الارش مهرا
لها بالاجماع في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الواجب في الاطراف
بين الرجل والمرأة هو الارش وارش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فالمانع عن ان يكون يكون هو المهر
قلنا ارش اليد ليس بمتعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى **اقول**
في جواب هذا السؤال ايضا نظر فانه ينتقض ايضا قطعا بالتزوج على يده في صورة الاقتصار فان
ارش اليد يصير مهرا هناك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشية من عدم تعيين ارش اليد هناك
ايضا ثم **اقول** لو قال المص في تعليل صورة العمد ايضا مثل ما قال في صورة الخطأ
بناء على انه يكون هذا تزوجا على ارش اليد اذ القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة في العمد ايضا
عندنا فاذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فوجب مهر المثل الصحيح وكان سالما
عن ان يرد عليه السؤالان المذكوران ولم يحتج الى جوابهما المذكورين في الشروح المختلين كما بيناه آنفا
قوله واذا سرى تبين انه قتل ولم يتناوله العفو فيجب الدية قال في النهاية فان قلت
لم لم يجب القصاص هنا على المرأة مع ان القطع كان عمدا وهو قتل عمد لا ابتداء فانه لما مات ظهر ان
الواجب هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب
ان يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجها ولم يذكر شيئا وفيه القصاص فكذا هنا قلت نعم
كذلك الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولما استوفت المرأة القصاص تما

يستوفي عن نفسها لنفسها وذلك محال فان الانسان لا يتمكن من استيفاء القصاص من نفسه لنفسه
لان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون مطالبا للقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء
ولما سقط القصاص تبقى النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى اقول لا السؤال
شيء ولا الجواب اما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص هنا على المراة ظاهر من قول المص في تعليل
انه يجب القصاص على ما بيناه فانه قد اشار الى ما ذكره فيما قبل من ان وجوب الدية هنا دون القصاص
على موجب الاستحسان فان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فلم يبق محل السؤال
عن علية عدم وجوب القصاص هنا على المراة واما الثاني فلان القصاص الذي جعل مهرا وجعل
ولاية استيفائه للمراة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما افصح عنه قول المص فيما قبل لكونه
هنا تزوجا على القصاص في الطرف واذا سرى تبين انه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المراة للعلة
التي ذكرها المص في عدم تناوله العفو الذي تضمنه التزوج فبقي السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص
النفس على المراة بعد ان تبين ان قطعها صار قتل النفس ولهذا ما ذكر في الجواب المزبور اذ لم
يجعل احد ولاية استيفاء قصاص النفس للمراة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها
القصاص عن نفسها لنفسها قوله واذا كان خطاء يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك
وصية قال صاحبا النهاية والعناية في شرح هذا المحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها
وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية اي وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى
اقول في التفسير الثاني خلل فان المص فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين
حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم
ان لا يتناول كلام المص هنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون
وصية لهم في الصورة الاولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى
وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك
وصية اي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية لهم انتهى اقول ما لحقنا ايضا ما ذكره
صاحبا النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة في التفسير الثاني فانه لما بين ما ترك
الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين ان مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكراه
فانه يجوز ان يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم ان لا يتناول كلام المص هنا على التفسير المزبور
تلك الصورة ثم اقول في كلام المص هنا احتمال آخر وهو ان يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع
ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الاتيتين في التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز ان
يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه ايضا ان يكون ثلث جميع ماله اكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل

يجوز

بل يجوز ان يكون اكثر من كل الدية فلا يصح حمله قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على
مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المص هنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي
الرشاد فالاولى في تحرير المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطاء رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية
لهم فان خرج من الثلث سقط والا سقط ثلث المال انتهى تأمل قوله وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب
فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين اي في
التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب
وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطا وفي التزوج
على اليد وما يحدث منها او على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني اقول ليس ذاك بشيء اذ لا وجه لتقييد
القطع في الفصل الاول بالخطاء فان الظاهر من كلام المص هنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطا فقد
اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا مما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح ان يكون الجواب
عندهما في العمد والخطاء في الفصلين سواء ولقد صرح به هنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال
فاما عندهما فالجواب لا يتغير في العمد والخطاء كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه او على الجناية
لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى قوله ومن قطعت يده فاقتص له من اليد
ثم مات فانه يقتل المقتص منه قال صاحب الغاية ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية
على عاقلة المقتص له عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لا شيء عليه على ما سيجيء انتهى
اقول هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مواخذة المص بانه ترك
ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها ايضا مما يتم فلا وجه له اذ قد ذكرها ايضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مواخذته
المص بانه لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون حقها ان تذكر هنا فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء
من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس
ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ايضا كما ترى ذكرها المص
عقيب ما نحن فيه واخر تلك الصورة عنها وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة ايضا دون
مواخذة المص بشيء فلا فائدة فيه اذ قد بين المص حكمها فيما سيجيء مفصلا ومدللا فيلغو بيان ذكر الشارح اياه
هنا قوله ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا
عنه بدون العلم به قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لان مراد صورة العفو يكفي في سقوط
القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا الى
المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى اقول جوابه انه قد تقرر عندهم ان الشبهة
معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع

لا يقتضي الفراغ عما وراءه واما الجواز ان يستوفي القتل ايضا بعد القطع كمن له القود يستوفي طرفه ثم عليه
العقود ثم يقتله فتحققت شبهة ثم ان الفرغ عما وراء القطع لا يقتضي الابرآء عنه ايضا لجواز ان يفرغ منه ظنا
ان حقه في القطع لا ابرآء عما وراءه فتحققت شبهته بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن
القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هنا متقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة ان يكون العفو عن القطع عفوا عن
القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دائرة له فافترقا تأمل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق
قوله بخلاف ما استشهد ببعض المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقليدا كالامام او عقدا كما في غيرها منها
اقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقليدا ولا عقدا وهو المامور بقطع اليد فان المراد
ما اذا قال اقطع يدي ففعل فسرى الى النفس فمات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المص او عقدا كما
في غيرها منها فان العقد انما يتحقق في البزاغ والحجام منها دون المامور بالقطع مع انه غير الامام وانه من تلك
المسائل ايضا ولا يجدي التشبث بالتغليب نفعا هنا لان قوله بعده والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة تمشي
في تلك المسئلة اذ لا يجب على المامور بالقطع القطع بل هو متبرع منه كما لا يخفى فيلزم ان يكون الدليل المذكور في الكتاب
قاصرا عن افادة الفرق في حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق في حقها ايضا بان يقال لما فعل المامور بالقطع باذن
الآخر انتقل حكم الفعل الى الآمر فصار كانه قطع يد نفسه وفي ذلك لا ضمان لكن الكلام في قصور عبارة الكتاب عن افادة
تمام المرام وهذا مما لا ريب فيه

باب الشهادة في القتل

لما كانت الشهادة في القتل
امرا متعلقا بالقتل وفرعا بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان ادنى درجة من نفس ذلك الشئ **قوله**
ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي ح
وقالا لا يعيد قال في العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما قال
وليس لابي حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو
من المورث المجروح استحسانا للتدافع انتهى اقول فيه بحث لان ما تمسكا به لا ينتهض حجة على ابي حنيفة
وما تمسك به لا ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين وذلك لان القصاص وان كان حقا
للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على ان القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من اهل
ان يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثأر والميت ليس باهل لذلك لكنه حق للمورث ايضا عنده
باعتبار انعقاد سببه الذي هو الجناية في حق المورث وقد صرح به في كثير من الشروح فابو حنيفة راعى فيما نحن فيه
جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتياطا لا للدرء وراعى في مسئلة
العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة العفو منه احتياطا للدرء ايضا واما عندهما فالقصاص
حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر املاكه فيتجه عليهما القول
بصحة العفو من الوارث حال حيوة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر **قوله** وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث

الدية

الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وان كذبهما فلا شئ لهما اي وان كذبهما المشهود
عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل مع تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل
دية كاملة بينهم اثلاثا ثم قال وفي بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا فح كان معنى قوله وان كذبهما
اي وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية ايضا الا انه جعل النسخة الثانية اصلا على عكس ما في
النهاية وقال والاول اصح اقول معنى ما ذكراه في شرح المقام على انهما فهما ان مراد المص بقوله معناه اذا كذبهما
القاتل ايضا وكذا بقوله في النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا بيان الكلام المقدر في عبارة الجامع
الصغير وهو قوله وان كذبهما فلا شئ لهما فانهما جعلا فاعل كذبهما في قوله وان كذبهما فلا شئ لهما ضميرا راجعا الى المشهود
عليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وضميرا راجعا الى القاتل على نسخة معناه اذا كذبهما المشهود عليه
ايضا وهذا لا يتصور الا بان يكون مراد المص في النسخة الاولى ان جملة اذا كذبهما القاتل ايضا مقدرة في عبارة
الجامع الصغير فتقديرها وان كذبهما المشهود عليه فلا شئ لهما اذا كذبهما القاتل ايضا وفي النسخة الاخرى ان
جملة اذا كذبهما المشهود عليه ايضا مقدرة فيها فتقديرها وان كذبهما القاتل فلا شئ لهما اذا كذبهما المشهود عليه
ايضا لكن ليس بما ذهبا اليه ببعيد اذ يابا ه قطعا قول المص معناه لان المقدرة لا يكون معنى المذكور والحق
عندي ان مراد المص بيان اعتبار مجرد قيد ايضا في عبارة الجامع الصغير هنا كما انه بين قبيله اعتبار قيد معه في عبارته
حيث قال معناه اذا صدقهما ومعه فمراده على النسخة الاولى ان معنى قول محمد في الجامع الصغير وان كذبهما اذا
كذبهما القاتل ايضا اي مع المشهود عليه كما ان معنى قوله فيما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما ومعه اي مع
المشهود عليه والقيدان منويان مع قرينة المقام ومراده على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذبهما اذا كذبهما
المشهود عليه ايضا اي مع القاتل فح ينتظم الكلام ويتضح المرام **قوله** وفي الولي اذا شهدوا انه ضربه
بشئ جارح قال في الكفاية وانما اورد ليكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع
الصغير ان كان قولهما فهو يجري على اطلاقه وان كان قول الكل فتاويله ان تكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور
الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع انهم
لم يشهدوا انه كان متعمدا قلنا لما شهدوا انه ضربه بسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لم يكن
لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدون انه قصد ضرب غيره فاصابه وقالوا كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب واقول هذا ليس بوارد على صاحب
الهداية لانه اشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المص انتهى وانا
اقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه انه يقال
ليس لهذا التقييد هنا وجه لان تمام ادلة وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون
ضربه عمدا واما اذا اطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام وتقل عنه شراح

الكتاب فانه صريح في ان تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وانه لم يرد به
ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييد المذهب بل لا وجه له كما لا يخفى قوله والقتل بالعصا
غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما اقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل
بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان اجمل واشمل اما كونه اجمل فظاهر واما كونه اشمل فلان الاختلاف
في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف
في غيره ايضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال احد الشاهدين قتله
بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما ايضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد
احدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد احدهما انه ضربه بسيف وشهد الآخر انه رماه
بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى قوله
ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله
تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فان الاجمال الاول هنا بمعنى الابهام والثاني بمعنى
الجميل وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا في قول المص هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال
الشهود في قولهم لا ندري بأي شيء قتله اما صادقون او كاذبون وعلى كلا التقديرين ينبغي ان لا تقبل
شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا
صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم
لا ندري ما اختاروا ما هو الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفوا عنه الله تعالى لما جاء
في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبتاويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى
قوله او لو كذبهم ظاهرا فقد ورد بالطلاقة اى تظاهرا فرده بتجويز الكذب انتهى كلامهم اقول فيه نظر اذ لا
فرده لما ذكروه على وجه الاستحسان اصلا حتى يرتكب المص لدفعه هذا المضيق وذلك لان ما ذكروه من المحذور
في صورة ان صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المص في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه
في وجه الاستحسان الذي ذكر من قبل لان توضيحه هو انه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة
الآخر منهم بالقتل بآلة اخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف
الآلة بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل وهذا العالية كما عرف في اصول الفقه
فيحمل على الاقل المتيقن فيجب اقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا يتوجه
ان يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة وايضا
قول المص في ذيل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك يابى كون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره
هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب ح اختيار انهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تاويلهم كذبهم عادة

في الحديث فلا يبقى الاحتياج الى ذلك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور
فيلزم ان يكون لغوا من الكلام والحق عندي ان قول المص ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة الى آخره وجه آخر
للاستحسان يظهر تقريره وتطبيقه للمقام بادنى تامل صادق ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في
هذه المسئلة مذكور في الكافي وغيره وهو ان الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل قوله
وهذا في معناه قال جمهور الشراح اى ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع
ان العفو مندوب اليه ههنا كما ان الاصلاح مندوب اليه هناك فكان ورود الحديث هناك ورودا ههنا
انتهى اقول فيه بحث لان المندوب اليه في باب القتل انما هو عفو ولي القتيل دون عفو الشهود
كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الافضل لهم ان لا يشهدوا اساسا بما يتعلق بالقتل كما في الحدود
فلزم ان لا يوجد الباعث على ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين
فانه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هناك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال
ينبغي ان يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تلو الوجوب فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم
قال والاظهر ان يقول بجامع ان الستر مندوب اليه انتهى اقول يرد على توجيهه ايضا ان يقال
لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا اليه وكان درؤه جائزا للشهود بعد ان عاينوا القتل
بجارح عمدا لكان عليهم ان لا يشهدوا بالقتل اصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب في طريق
شهادتهم المذكورة هنا ثم ان ورود هذا على ما عده اظهر ههنا اظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوبا
اليه لكان الافضل للشهود ان يستروه طرا بان لا يشهدوا بالقتل اصلا كما في الحدود فلا وجه
لارتكابهم الكذب قط تامل ترشد قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك قال في العناية يعني
انا احتمل ان يكونوا عالمين واجملوا واحتمل ان لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت
بالشك انتهى اقول لقائل ان يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك
ايضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر
قوله غير ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد
في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا قال صاحب الغاية ففي هذه المسئلة اذا اقر كل واحد منهما
بالقتل فقد اقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما باتلاف
بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له ان يقتلهما
واما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما الكل انتهى وقال
صاحب النهاية في بيان صحة الاقرار لما اقر كل واحد منهما بكل القتل صدق الولي بقوله قتلتما
كل واحد منهما في نصف القتل والتكذيب في نصف ما اقر به لا يبطل الاقرار انما التكذيب في كل

ما اقر به يبطل الاقرار لانه ح يكون رد الاقرار والاقرار يرتد بالرد انتهى قوله هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة ان القتل لا يتجزى فكيف يتصور اتلاف بعض النفس ونصف القتل كما زعماه وبنيا عليه معنى المقام ما ايضا قد مر ان الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس وبنصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب ان معنى المقام هو ان كل واحد منهما اقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا في بعض ما اقر به وهو القتل وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولي ان يقتلهما جميعا وان رد انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتص من جميعهم اجماعا بخلاف فصول الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل

لما كان الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح قوله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه قال في النهاية الا ان ابا حنيفة يقول لان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى قوله لهما ان يقولا في الجواب عنه انا لا نريد بالابراء في قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل نريد بذلك الابراء الحكمي لانه بارتداده لما اسقط تقوم نفسه شرعا اسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان له في الشرع فصار فعله في حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده او لم يطابق ولعل تفريع المص قوله فيكون مبرئا للرامي عن موجبه على قوله لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه يومي الى ما ذكرناه قوله وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمه الله قلت لعل وجه عدول المص هنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند ابي ح وابي يوسف كما هو المعتاد في نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين ابي ح ومحمد وقول ابي يوسف مع ابي حنيفة رحمه الله هو ان كون ابي يوسف مع ابي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه ابا الليث ذكر قول ابي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه قوله مع ابي ح كما بين في غاية البيان فلو قال المص في اول المسئلة عند ابي حنيفة وابي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى ان فيه اختلاف

الرواية

٤١٦

الرواية وان المختار عنده كونه قوله مع ابي ح قوله ولهما انه يصير قاتلا له وقت الرمي لانه فعله الرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته قال الشراح من ابي ح في هذه المسئلة على اصله وابو يوسف فرق بين هذه المسئلة وبين ما تقدم ووجه الفرق ان المرمي اليه خرج بالارتداد من ان يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها واما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى قوله في وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم يناف العصمة الا انه ينافي كون المحل مالا متقوما فينبغي ان يصير المولى ايضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمي اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم وانما اخرجه المولى بالاعتاق من ان يكون مالا متقوما فقد اسقط حقه في قيمته الا يرى ان المغصوب منه اذا اعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه بالاجماع كما صرحوا به فلم لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد ان ذكر الفرق المزبور من قبل ابي يوسف قال ومن هنا يعلم ان ابا يوسف يعتبر وقت الرمي الا في صورة الارتداد انتهى قوله ليس هذا ببعيد لانه مع كونه ظاهر الفساد فاذا لم يعتبر ابو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد لما صح منه القول بانه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشائخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية وهما يقولان يعني ابا يوسف ومحمدا يقولان كما يقول ابو ح في ان المعتبر حالة الرمي وهذا وفاقه في هذه المسائل يعني المسائل الآتية في الكتاب ونظائرها الا ان المرمي اليه في مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للرامي عن الدية باخراجه نفسه من ان يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا ابرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا ان ابا حنيفة يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا في الجامع الصغير لقاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى وقال في معراج الدراية واصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجيء وكذا في مسئلة الرمي ثم تمجس وكذا في مسئلة المحرم على ما يجيء الا انهما يقولان في مسئلة الردة هو مسلما فارتد ان الله بالارتداد يصير مبرئا للرامي عن الضمان ولهذا قلنا لا يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وابو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان في اعتقاد المرتد ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا في جامع قاضي خان والتمرتاشي والمحبوبي انتهى قوله اما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شيء لانه لا اثر له في المحل اقول لمتوهم ان يتوهم ان هذا الكلام ينافي ما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتحقق بدون اتلاف شيء من المقتول والجواب ان معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد اشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة للاتلاف عند الاتصال

بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشارح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لان الدية احدى موجبي الجناية في الادمي المشروعين
صيانة لكن القصاص اشد صيانة فقدم انتهى اقول يرد على ظاهر هذا التوجيه انه انما يقتضي ان يذكر الديات
في كتاب الجنايات كالقصاص بان يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما من موجب الجناية لا ان
يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب فالجواب ان مقصوده ههنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات
بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكره قطعا واما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من ابواب
الجنايات فله وجه اخر لم يذكره اصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت ان تجعل
كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلوة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر انواع البيع
ثم اعلم ان ما وقع في الكتاب صنيع القدوري في مختصره واما الشيخ ابو الحسن الكرخي فقدم في مختصره كتاب
الديات على كتاب الجنايات والشيخ ابو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم
الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رح ذكر احكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات
اصلا لان عامة احكام الجنايات هي الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطأ
وفي شبه الخطأ وفي القتل بسبب وفي العمد ايضا اذا تمكن فيه الشبهة فترجح جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان
الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية
بالمصدر كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات وقال في الصحاح
وديت القتيل ادية دية اذا اعطيت ديته وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارش اسم
للواجب على ما دون النفس انتهى اقول الظاهر من هذه المذكورات كلها ان يكون الدية مختصة بما هو بدل
النفس وينافيه ما يجيء في الفصل الاتي من ان في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي اللحية الدية
وفي شعر الراس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من
المسائل التي اطلقت الدية فيها على ما هو بدل ما دون النفس وكذا ما مر في الحديث وهو ما روى سعيد بن المسيب
رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا
هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه كما سيأتي فالاظهر في تفسير
الدية ما ذكره صاحب الغاية اخرا فانه بعد ان ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال والدية
اسم لضمان يجب بمقابلة الادمي او طرف منه سميت بها لانها تؤدى عادة لانه قلما يجري فيه العفو لعظم حرمة
الادمي انتهى قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الاية فان لم يجد
فصيام شهرين متتابعين بهذا النص قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة
مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الاية

وهو نص في كونهما بالتحرير او الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف
انتهى اقول اخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره ههنا اما اولا فلانه خص بالذكر في بيان كفارة شبه
العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
دليلا عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته صيام شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصلح سوق
الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله
فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين مع ان الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وحده وانما قوله
تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الاخر من كفارته الذي لم يذكره في المدعى
بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال
فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الاول
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ولم يذكر اخر الاية وقال في تعليل الثاني بهذا النص اي باخر هذا النص وهو
قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين واما ثانيا فلانه قال وهو نص في كونهما بالتحرير او الصوم فقط
وفرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مدار قيد فقط في قوله وهو نص في كونهما بالتحرير او الصوم
فقط وكذا مدار التفريع في قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على ان تخصيص التحرير والصوم بالذكر في الاية يدل على
نفي ما عداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره المصنف فيما بعد من الاستدلال
بالاية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين اخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء
وقوله ولكونه كل المذكور على ما عرف كان قوله لانه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم اجزاء الطعام على ما قبله
كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك دليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعى
على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الخ دليلا اخر على ذلك المدعى فيجب تغييره بزيادة واو العطف
بان يقال ولانه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه
جعل قوله ولا يجزئ فيه الاطعام كلاما مبتدأ مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه
بوجوه ثلثة كما ترى فلا غبار في اسلوب تحريره اصلا قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء
قال الشارح يعني ان الواقع بعد فاء الجزاء يجب ان يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم
انه هو الجزاء او بقي منه شيء وشمله مخل انتهى اقول يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء
القتل ايضا في العمد وفي شبهه والخطاء وفي شبهه كما مر في اول كتاب الجنايات مع انه ليس بداخل في الواقع
بعد فاء الجزاء في الاية المذكورة فليتامل قوله ولكونه كل المذكور على ما عرف يعني لو كان الغير مرادا
لذكر لانه موضع الحاجة الى البيان وحيث لم يذكر دل انه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع
الحاجة الى البيان بيان كما عرف في اصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال

ان السكوت لا يدل على ان المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط
والعصا وفيه مائة من الابل علم بذلك الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمه وجد بيان
بنص اخر ونقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن اصحابنا ان الكفارة لا تجب في شبه
العمد انتهى اقول في كل من جوابيه نظر اما في الاول فلان التشبث بوجود نص اخر في مادة النقض
وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المص بقوله لانه لم يرد به نص
فيلزم ان لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السوال دليلا مستقلا بل يلزم ان يكون مستدركا واما في
الثاني فلان اللازم للمجيب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسوال ولا شك ان ما ذكر فيه مبني على
وجوب الكفارة في شبه العمد واما رواية عدم وجوبها فيه فبمعزل عنه فلا وجه للمصير اليها هنا كما لا يخفى
ثم ان صاحب الغاية قال في تفسير قول المص ولكونه كل المذكور اي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني
اقول ليس ذلك بسديد اذ لا يخفى ان كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير
رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده واما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء
الاخير الذي يتم به الكل فامر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير ان يقال اي ولكون ما ذكر من
التحرير والصيام كل المذكور قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان
قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ لما قلنا اقول لقائل ان يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل
خاصة ينبغي ان لا يصح القضاء بالدية من غير الابل اصلا في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في اول هذا الكتاب
ومر ايضا في اوايل كتاب الجنايات ان موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل
فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصح غيرها ان يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في ديته
وهو التغليظ فكيف يتم قول المص فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ فان الظاهر منه انه يصح
القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد في الدراهم على عشرة الاف
درهم وفي الدنانير على الف دينار كما فصلوا في الشروح فليتامل في التوجيه قوله وهذا قول ابن مسعود
واخذنا نحن والشافعي به لروايته ان النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطا اخماسا
على نحو ما قال اقول فيه شيء وهو ان ابن مسعود وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم
على نحو ما قال الا ان عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطاء مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون حقة
وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره ابو
يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان وغيرها من الشروح والمقادير لا تعرف الا سماعا
فكان كالمرفوع نصا فصار ما رواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المص مجرد رواية ابن مسعود دليلا
على ما اخذ نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود نعم كون ما رواه اليق بحالة الخطاء

لكونه

لكونه اخف يصلح ان يكون مرجحا لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في اسنان الابل
في دية الخطاء ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه اوفق لموضوع دية الخطاء وهو التخفيف الا ان قول
المص ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطاء لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل ويا
قبله ايضا دليل مستقل وهذا ينافي ضم الثاني الى الاول ليحصل به الرجحان وبالجملة في تحرير المص هنا
نوع ركاكة وكان صاحب العناية تنبه له حيث غير اسلوب تحرير المص في شرح هذا المقام فقال بعد
بيان ما رواه ابن مسعود وما روي عن علي رضي الله عنه لكن ما قلنا اخف فكان اولى بحال الخطاء لان الخاطئ
معذور انتهى تبصر قوله غير انه عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض اقول ههنا
كلام وهو ان قوله بهذا استثناء من قوله واخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرها والمقصود
بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في الماخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر ان الضمير في قوله
واخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون الماخذ
المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بانه عند الشافعي
يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الاخذ بقول ابن
مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وانما الذي يصلح ان يكون ماخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين
ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطا عن ابن شهاب وعن سليمان بن يسار انه كان يقول في
دية الخطاء عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون
جذعة كما ذكر في غاية البيان فليتامل في التوجيه قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة
عند ابي حنيفة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة قال
جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على اكثر
من مائتي بقرة او غيرها على قول ابي حنيفة كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كما لو صالح على اكثر من مائتي فرس
وعلى قولهما لا يجوز كما لو صالح على اكثر من مائة من الابل انتهى اقول ليت شعري ما بالهم صوروا
ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير
هذه الصورة اظهر واجلى فان للقاتل الخيار في اداء الدية في اي نوع شاء من انواع الدية لا من غير
انواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يتمكن القاتل من ادائها من نوع البقر او نوع الغنم او نوع الحلل كما يتمكن
من ادائها من الانواع الثلثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب
الديات لا يتمكن من ادائها الا من هذه الانواع الثلثة قوله وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة
على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل هو قولهما فيرتفع الخلاف
وقيل هو قولهما قال جمهور الشراح اي قوله وذكر في المعاقل اي في معاقل المبسوط شبهة على

ويسمى صاحب النهاية وتابعه صاحب العناية منه

ما روي عن ابي حنيفة انه لا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة وجه ورودها ان محمدا ذكر في المعاقل انه
لو صالح الولي عن الدية على اكثر من الفي شاة او من مائتي بقرة او من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك
دليل على ان الاصناف الثلثة ايضا من الاصول المقدرة في الدية عنده ايضا وذكر الجواب بوجهين احدهما
يدفع الشبهة ويرفع الخلاف وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية المعاقل على قولهما ثم ان صاحب العناية
رد الوجه الاول منهما حيث قال ولا ارى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا انتهى اقول
ليس هذا بشيء لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعلى تسليم ثبوت الاختلاف
بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما تنافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل
ذلك الوجه يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين احدهما انه صح الشبهة
فقال نعم تلك الرواية اعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت
بل هذه الانواع اعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى وتصحيح احدى الروايتين ومنع الاخرى
ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الاول
يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى اقول هذا لا يصلح لدفع رد الوجه المزبور وانما يصلح لان
يكون جوابا اخر عن اصل الشبهة لان مآله الى ان يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احديهما قوله الاولى
وفي الاخرى قوله الاخر الذي رجع اليه وقد ذكره ايضا صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين ورد احدهما حيث قال
وحمل بعض مشايخنا ان في المسئلة عنه روايتين انتهى وعلى تقدير ارادة ذينك الوجهين على ان يكون المراد به
تقرير الشبهة ودفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بان ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة
فيما ذكره في المعاقل والا لا تتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه تعكس نفهم **قوله** ولان
حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في
اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه اقول لقائل ان يقول حاصل هذا التعليل
القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على
ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها
وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل وتبعه العيني اقول لا نسلم ان يلزم بطلان
اللازم اذ لا محذور في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام
الا يرى ان القصاص يجري بين الرجل والمرأة في النفس ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا
كما مر في كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس وما دونها في حكم الدية ايضا

فصل فيما دون النفس

لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون النفس لان الاطراف
تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها ايضا تحقيقا للمناسبة **قوله** اصله قضاء رسول الله صلى الله
عليه وسلم

عليه وسلم بالدية كاملة في اللسان والانف قال في الكافي وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه
انتهى اقول فيه خطر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب
عندي هنا ان يقال فالحقنا به غيره دلالة **قوله** ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف
وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق
باللسان هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد
والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف
من ذلك نظر لانه من اقصى الحلق على ما عرف انتهى اقول فيه نظر ساقط اذ الظاهر ان مراد جمهور الشراح
بالالف والتاء والثاء وغيرها مما ذكروا هو الالفاظ التي يتهجى بها لا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم
والذي من اقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلم كما في اول اخذ واوسط سال وآخر قرا لا الحرف
الذي يتهجى به وهو لفظ الف اذ هو مركب من ثلثة اجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط
الذي هو اللام فمنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا
الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتهجى بها اسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي تركبت
منها الكلام كما حققه صاحب الكشاف في اول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره
من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح ان يكون مرادهم بذلك ما يتهجى به من الالفاظ قلت قد وقع في
عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحروف في معنى الكلمة كما نص عليه
ايضا صاحب الكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح هنا بل كلام المصنف ايضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع
فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي فان قلت لم لم يريدوا بالحروف هنا الحروف المبسوطة
التي تتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك ان الغالب
من الحروف انما يعرف بالامتحان وما لامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه
وهي ما روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فامره ان يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا اسقط
من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ اوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح
وغيرها فجروا هنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تأمل تقف **قوله** وان كان متصلا ففيه كمال
لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال اقول يرد على ظاهر هذا التعليل ان ما في سباق كلامه فانه
قسم لحية الكوسج على ثلثة اقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان
متصلا ففيه كمال الدية ينافي ذلك والجواب ان مراده بقوله لانه ليس بكوسج انه ليس بكوسج حقيقة
وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحيته على ثلثة اقسام في سباق كلامه اعم من الكوسج الحقيقي
والصوري فلا منافاة **قوله** والاسنان والاضراس سواء قال في العناية قالوا فيه نظر

والصواب ان يقال والاسنان كلها سوآء او يقال والانياب والاضراس كلها سوآء لان السن اسم جنس يدخل
تحته اثنان وثلثون اربع منها ثنايا وهي الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان اسفل ومثلها رباعيات
وهي تلي الثنايا ومثلها انياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحك تلي الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحين من كل
جانب ثلث فوق وثلث اسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان تسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل
فلا يصح ان يقال الاسنان والاضراس سوآء لعود المعنى ان يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى اقول — فيه هنا
مبالغة مردودة حيث قيل في اوله والصواب ان يقال وفيه اشارة الى ان ما في الكتاب خطاء وقيل في اخره فلا يصح ان
يقال الاسنان والاضراس سوآء وفيه تصريح بعدم صحة ما في الكتاب مع ان تصحيحه على طرف التمام فان عطف الخاص
على العام طريقة معروفة قد ذكرت نكتته في علم البلاغة ولها امثلة كثيرة في التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات
والصلوة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فيجوز ان يكون ما نحن فيه كذلك
ويكون حاصل معناه الحاذ يقال الا ان يقال الاضراس وما عداها من الاسنان سوآء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد
بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من افراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله او يقال — والانياب والاضراس
كلها سواء معارض بمثل ما اورده على ما في الكتاب فان الاضراس تعم الانياب ايضا كما افصح عنه في المغرب حيث قال الاضراس
ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر في النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والانياب والاضراس سوآء الى ان يقال
وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكره في الايراد على ما في الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون ما في الكتاب
نعم الاظهر في افادة المراد هنا ان يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث او ان يقال والاضراس والثنايا
كلها سوآء بالجمع بين النوعين كما ذكر في المبسوط

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج نوعا من انواع
ما دون النفس وتكاثرت مسائله اسماء واحكاما ذكره في فصل على حدة كذا في الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل
لفظ الفصل في قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التي هي نوع من انواع ما دون النفس في فصل وذكر باقي
انواعه التي ستجئ في الفصل الاتي في فصل آخر اتيا لكان احسن واوفق لما هو المعتاد في نظائره كما لا يخفى قوله
والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم اقول — تفسير
الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذي ذكره المصنف وان وقع في كثير من الكتب المعتبرة من الفقه كالبدائع و
الكافي وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدوري في مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به في شرح
مختصر الكرخي الا انه منظور فيه عندي لانه مخالف لما ذكر في عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال في المغرب الدامعة
من الشجاج هي التي يسيل منها الدم كدمع العين وقبلها الدامية وهي التي تدمي من غير ان يسيل منها دم انتهى وقال
في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال ابو عبيد الدامية هي التي تدمي من غير ان يسيل منها دم فاذا سال
منها الدم فهي الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال — في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية انتهى الى غير ذلك
من معتبرات كتب اللغة وسيجئ من المصنف التصريح بان الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل

على الاصطلاح

على الاصطلاح المحض ثم اقول — الصحيح المطابق للغة في تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبها
ما ذكر في المحيط البرهاني نقلا عن الطحاوي حيث قال — فيه اعلم ان اقل الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق
الجلد ماخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه في الدق وقال الطحاوي ولا تدميه ثم الدامية وهي التي تخدش
الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي وذكر شيخ الاسلام هي التي تقشر الجلد وتدميه سوآء كان سائلا
او غير سائل ثم الدامعة وهي التي تدمي وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي في كتابه وذكر شيخ الاسلام هي التي تسيل الدم
اكثر مما يكون في الدامية من السيلان ماخوذ من دمع العين فكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى صاحبها
فتدمع عيناه بسبب ما يجد من الالم الى هنا لفظ المحيط فتبصر قوله — والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه
اقول — في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف وان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتاخرين فيه لان قطع الجلد متحقق
في الصورة الاولى ايضا سيما في الدامعة والدامية اذ الظاهر ان شيئا من اظهار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع
الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد في كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير
مختص بالباضعة فالظاهر في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال — في المحيط ثم الباضعة وهي التي
تبضع اللحم اي تقطعه وقال — في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه انتهى ويعضد ذلك ما وقع في
معتبرات كتب اللغة فانه قال — في المغرب ومن الشجاج الباضعة وهي التي جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال
في الصحاح والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى الا انه لا يسيل الدم انتهى وقال في القاموس
والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمى الا انها تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا تشتبه
الباضعة بالمتلاحمة فانه قال — في الكتاب والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم وهذا في المال معين بما نقلته عن
المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة
بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال — في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع
اللحم اي تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاحمة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا
من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب
في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال — في المغرب والمتلاحمة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون
العظم ثم تتلاحم بعد شقها اي تتلائم وتتلاصق انتهى وقال — في الصحاح والمتلاحمة الشجة التي اخذت
في اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى وقال في القاموس وشجة متلاحمة اخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى قوله
وفي الجائفة ثلث الدية قال — في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين
والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس
بجائفة انتهى وقال — في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج
وقع اتفاقا وكذا في العناية نقلا عن النهاية اقول — نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا ان المص

تدارك حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس وجوف البطن يعني انها لما تناولت ما في
جوف الراس ايضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الراس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في
فصل الشجاج مما وقع اتفاقا **قوله** ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة قال في النهاية ومعراج الدراية
وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن ايضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى اقول فيه لهذا الكلام
وجه اذ لا اشكال في كل من الجبهة والوجنتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في اول كتاب الطهارة بان
حد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد
صرح الشراح فيما سياتي في هذا الفصل حتى صاحبا النهاية ومعراج الدراية انفسهما ايضا بان الذقن من الوجه
بلا خلاف وفي العظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان فمن الوجه ايضا عندنا خلافا لمالك فقول المصنف ثم هذه الشجاج
تختص بالوجه والراس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى ان يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن
ايضا وكلمنا العطف واداة التشبيه تقتضي المغايرة لا محالة **قوله** ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى
الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة
في قوله ولانه تناسخ انتهى اقول ان اراد انه دليل على ذلك اصالة فهو ممنوع وان اراد انه دليل اما
على عدم وجوب ارش مقدر في الجراحة التي في غير الوجه والراس ولكن يتضمن الدلالة ايضا على عدم جواز الحاق
تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله في قوله ولانه تناسخ ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل
على عدم وجوب ارش مقدر في الجراحة الكائنة في غير الوجه والراس وكذا كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ
دليلا على ذلك ايضا اصالة كان حق الاداء ان يقال ولانه بلا تناسخ اصلا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير
صاحب الكافي هنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء في الشجاج في الراس والوجه وغيرهما ليس في معناهما
حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيهما لمعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء اثر الجراحة والشين انما يكون فيما
يظهر منها البدن وهو الوجه والراس انتهى ولكن لتقرير المصنف شان اخر كما ترى **قوله** الا ان عندنا هما
من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا قال في النهاية وفي مبسوط شيخ
الاسلام ويجب ان يفترض غسل اللحيين في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا انا تركنا هذه الحقيقة
بالاجماع ولا اجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية ايضا واما صاحب
العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب ان يكون غسلهما فرضا في الطهارة واجيب
بانا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول
في الجواب اشكال قوي لان اللحيين لما كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم
فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر في اصول الفقه ان الاجماع لا ينسخ الكتاب
ولا السنة **قوله** وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس وجوف البطن اقول فيه كلام

وهي ان الجائفة ان تناولت ما في جوف الراس ايضا فالتي في جوف الراس منها ان كانت من احد الانواع العشرة للشجاج
فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الانواع باسرها وبيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من احد تلك الانواع بل كانت
مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاج عشرة اذ تكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا ان يقال هي احد تلك
الانواع وهي الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع احكامها البيان ما لا يتم بها
الذي في جوف البطن لا للبيان حال قسمها الذي في جوف الراس لكنه تعسف لا يخفى **فصل** لما كانت
الاطراف دون الراس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها اقول لا يذهب على الناظر
في مسائل هذا الفصل انها غير منحصرة في الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها
متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يتمشى في بعضها منها دون الكل فالوجه عندي ان يقال لما كانت مسائل هذا الفصل
مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان اوردها المصنف في
فصل على حدة واخرها عن الفصلين الماضيين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد
وتاخيرها عن سائر الفصول فلا ينافي ان فيها الا انه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد اعتمادا
على فهم الناظرين **قوله** وفي اصابع اليد نصف الدية اي في اصابع اليد الواحدة نصف الدية اذ في اصابع اليدين كل
الدية كما مر اقول لقائل ان يقول لما ذكر فيما مر ان في كل اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية
كان ذكر هذه المسئلة هنا مستدركا اذ لا اشكال ان خمسة اعشار الدية نصف الدية فعلم قطعا مما مر ان في اصابع اليد
الواحدة وهي خمس اصابع نصف الدية ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان لا بد فيه من
التصريح بها للزم ان يذكر ايضا ان في الاصبعين عشري الدية وفي ثلث اصابع ثلثة اعشار الدية وفي اربع اصابع
اربعة اعشار الدية الى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة
هنا ليس لبيان نفسها اصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة المعاقبة اياها وهي
قوله فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية فالمقصود بالبيان هنا هو ان قطع الاصابع وحدها وقطعها
مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام وفي اصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية **قوله**
ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر يعني ان في قطع الاصابع كلها تفويت
جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ما مر ففي تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع اصابع
اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على ما مر اشارة الى قوله ولان في قطع الكل تفويت
جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فتنقسم الدية عليها اقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على ما مر
متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والا كان حق قوله وهو الموجب ان يؤخر عن قوله على ما مر فاذا كان قوله على ما مر
متعلق بقوله وهو الموجب لم يتم اذ يشار به الى ما قالوه لان الشارح اذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية
حتى يشار اليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على ما مر اي الموجب للدية تفويت

[illegible]

جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة على ما مر في فصل فيما دون النفس انتهى اقول هذا ابعد مما ذهب اليه
جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة مما لا فائدة له اصلا
فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع اصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولان في قطع الاصابع تفويت جنس
منفعة البطش دون مجرد ازالة منفعتها بدون القطع متى يتصور كون قول المص هنا على ما مر اشارة الى ما ذكر
في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعم
صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسألة هناك فيمن ضرب عضوا فاذهب منفعته بدون
ان يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويتا لصورة تاثير تام وفائدة ظاهرة هناك
ثم اقول الاقرب الى الحق عندي ان يكون قول المص هنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في اوائل فصل فيما دون
النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي
على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي انتهى فان الظاهر
منه ان الموجب للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة او ازالة الجمال المقصود في الادمي على الكمال
فيناسب الاشارة اليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر **قوله** ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش
يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع اقول لقائل ان يقول الظاهر من هذا الكلام ان يكون لكل واحد
من الكف والاصابع مدخل في البطش وهذا لا يوافق ما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها ان يكون
البطش هو الاصابع لا غير ففي بين كلاميه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفطن له حيث غير تحرير المص
هنا فقال لهما ان ارش اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل في البطش الاصابع والكف تبع لها اما
الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها فلم يجعل تبعا لها في حق التضمين انتهى ثم اقول يمكن التوفيق
بين كلامي المص ايضا بنوع عناية وهو ان يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان البطش بها لان اصل البطش بها
كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بها فلا ينافي ان يكون بالكف ايضا بطش في الجملة بالتبعية فيرتفع
التدافع **قوله** لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات اقول فيه نظر
اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول ارش الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيما دون
النفس من انه قد روي ان عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع
والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت
لما لزم في ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة فليتأمل **قوله** وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر
حتى لو نبت يسقط قال صاحب النهاية اي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء ثبت
بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وارش الموضحة يجب
بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني ارش الموضحة لبيان ان الارش

يجب بالفوات كذا في النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى اقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه
معلوما ليس بشيء اذ لا يرتاب كون وجوب ارش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد
امر خفيا جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكروا في فصل الشجاج ان لا يشترط في وجوب
ارش الموضحة فوات جزء من الشعر الكلية بان لا ينبت من بعد اصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضح العظم اي
تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك ان اسم الموضحة وحدها
المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر ايضا فكان اشتراطه ان لا ينبت الشعر بعد البرء اصلا في وجوب ارشها
امرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المص وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو
نبت يسقط وقال في الكافي وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع
واستوى لا يجب شيء وقال في المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع
فاستوى كما كان لا يجب شيء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات **قوله** وجوابه ما ذكرناه قال في العناية
قيل يعني به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد فهو اشمل
من الاول انتهى اقول في قوله وهو اشمل من الاول بحث لان المراد بسبب واحد في قول المص وقد تعلقا بسبب
واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله فدخل الجزء في الجملة لان الجزئية انما توجد في صورة فوات شعر راس
بالشجة لا في صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المص بسبب واحد
هناك فوات الشعر حيث قال في شرح قوله وقد تعلقا يعني ارش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات
الشعر لكون سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء في الجملة انتهى ولا يخفى ان هذا المعنى مختص
بالمسألة الثانية وهي صورة ذهاب شعر رأسه كما ان قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسألة
الاولى وهي صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القيل الثاني اشمل من الاول والوجه عندي ان يكون مراد المص بقوله
ما ذكرناه في قوله وجوابه ما ذكرناه مجموع ما ذكره في تعليل المسألتين فح يوجد الشمول بلا اشتباه كما لا يخفى **قوله**
وجه الاول ان كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل
لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء قال في معراج الدراية قال الهندواني كنا نفرق بهذا الفرق حتى
رايت ما ينقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وارش اليد بلا خلاف من احد فلو كان زوال
العقل كزوال الروح لما وجب ارش اليد كما لو مات والصحيح من الفرق ان الجناية وقعت على عضو واحد في العقل وتعددت
في السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى اقول كما ينتقض الفرق المذكور في الكتاب بالمسألة التي
ذكرها الهندواني كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك فان الجناية وقعت فيها ايضا على عضو واحد مع
اليد مع انه لم يدخل ارش اليد في الدية وان اعتبر العقل في تلك المسألة عضوا مغايرا لعضو اليد فتكون الجناية فيها
واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل في مسألة الشجة ايضا عضوا مغايرا لمحل الشجة حتى تكون

هذه المسئلة ايضا بذكرا لاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش في الاخر كما في السمع
والبصر وبالجملة ما عقد والهند واني صحيح بما من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض ايضا فتأمل قوله ووجب الثاني
ان السمع والكلام مبطن قال صاحب العناية قيل يدبر الكلام النفسي بحيث لا يرتسم فيها المعاني ولا
يقدر على نظم الكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسيرا جدا وان كان المراد به
التكلم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطنا نظر انتهى اقول يمكن ان يقال المراد به هو الثاني
والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر شاهد
فيندفع النظر كما ترى قوله وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل اقول لقائل
ان يقول هذا يخالف ما بنا في ما ذكر فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فيدخل الجزء في الكل كما اذا قطع
اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما اسلفه ان يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على عكس ما ذكر
هنا اللهم الا ان يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ويتم
بعض كلام تاج الشريعة هنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد في الجامع على نحو ما ذكر هنا وذكر
فخر الاسلام البزدوي في مبسوطه اجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقي فانه يجب في الكل
الارش ويجعل كله جناية واحدة انتهى فتدبر قوله ولهذا يستأني حولا بالاجماع اي يؤجل سنة
بالاجماع وذكر في التتمة ان سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان
نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل الا ان قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يدرى
عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المص لان الحول
مشتمل على الفصول الاربعة ولها تاثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجني
عليه فيؤثر في انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال في الذخيرة وبعض مشائخنا قالوا
الاستيناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام في الجراحات كلها يستأنى
حولا وهو كما ترى ينافي الاجماع انتهى اقول نظره ساقط لان الذي ينافي الاجماع مما نقله عن الذخيرة
انما هو مفهوم قوله وبعض مشائخنا قالوا اي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشائخ
لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المص بالاجماع في قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين
دون اجماع المشائخ وانتفاء احد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الاخر الا يرى ان المشائخ كثيرا ما يختلفون
في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروي اجماع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها
وما نحن فيه يشبه ان يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطفي
في الاجناس عن نوادر ابي يوسف برواية ابن سماعة قال ابو يوسف رجل قلع سن رجل لا انتظر
بها حولا وانما انتظر بسن الصبي ما قضى عليه بارشها وذلك لان نبات السن بعد البلوغ نادر والى

والى هذه الرواية مال بعض اصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطفي ايضا قال في المجرد لو نزع سن
رجل ينبغي للقاضي ان ياخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه فاذا مضت
سنة ولم تنبت اقتص له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشائخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا
بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر ان
المص ايضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأنى حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع اخذا
بما ذكر في المجرد بدون رواية خلاف احد من المجتهدين والعجب من صاحب العناية انه جعل ما ذكر في الذخيرة
منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته اياه اظهر على تقدير
حمل الاجماع على اجماع المشائخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية
ومعراج الدراية قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة قوله ولو لم يسقط ولكنها
اسودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله قال في الذخيرة والمحيط اوجب محمد
كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون السن من الاضراس التي لا ترى او من العوارض التي ترى
قالوا يجب ان يكون الجواب فيها التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد
يجب الارش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الارش
بالاسوداد وان لم تفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وهكذا ذكره الشراح هنا وغزاه
اكثرهم الى الذخيرة فقط واورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه مخالف لما ذكره
قبيل فصل الشجاج من ان الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى اقول يمكن ان
يجاب عنه بان المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها ايضا في
الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكرها قبيل فصل الشجاج من كون الجمال
تابعا انما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة اصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة قوله لقوله عليه
السلام لا يعقل العواقل عمدا الحديث قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقفه
عليهما انتهى اقول هذا النظر في غاية السقوط اما اولا فلان هذا الحديث كما روي موقوفا على
ابن عباس والشعبي روي ايضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال
والاصل فيه حديث ابن عباس موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعقل العاقلة عمدا ولا
عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المص في كتاب المعاقل بهذا المنوال
فكان من كلام النبي عليه الصلوة والسلام على ما روي مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفي في صحة عبارة المص
هنا كما لا يخفى واما ثانيا فلانه على ما روي موقوفا ايضا يحمل على رواية عن النبي عليه السلام لانه مما لا يعلم
بالرأي بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير المص في

فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الاصول وعرف في الكتاب مرارا فمنع قول المص في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام
على كل حال فالعجب من صاحب الغاية انه قال وقد مر آنفا فالذي مر منه آنفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه
قال هناك روى محمد بن الحسن في موطاه فقال اخبرنا عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة
بن مسعود عن ابن عباس رضه قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا
من طريق التوقيف فحمل على انه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا
صريح في الجواب عن نظره هنا كما لا يخفى **قوله** غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه الواجب بالقتل ابتداء
فاشبه شبه العمد اقول ان قيد ابتداء في قوله يجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المحال
في اوائل كتاب الجنايات آنفا وبيان ان من موجبات شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية
وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان الاول هنا مما وجب بالقتل ابتداء لوجب
على العاقلة على مقتضى الاصل المذكور هناك مع انه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفا فالوجه ان يترك قيد
ابتداء هنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا عما وجب بالعقد كما في القسم الثاني فانه يجب حالا
ولقد اصاب فيما بعد حيث قال ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد **قوله**
واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة
الكلية لكنه ذكر لبيان خلاف الشافعي انتهى اقول اعتذاره هنا ليس بسديد اما اولا
فلانه ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري وفي البداية ايضا
بدون بيان خلاف الشافعي اصلا فكيف يصح بيان المص في شرحه خلاف الشافعي لان يكون عذرا في ذكر
حكم هذه المسئلة في متنه قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثرة مع ان لا يتفوه
العاقل بمثل ذلك الاعتذار واما ثانيا فلان خلاف الشافعي ليس بمخصوص بحكم هذه المسئلة المنفردة
بالذكر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتاجيل في العمد اصلا بل
يخصصه بالخطاء كما ينبئ عنه تعليله المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية عامة في العمد وحكمها
التاجيل مطلقا كما صرح به المص بقوله غير ان الاول يجب في ثلث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضي
افراد حكم هاتيك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمشية لاعتذاره المذكور اصلا **فصل**
في الجنين لما ذكر احكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان احكامها المتعلقة بالآدمي من وجه
دون وجه وهو الجنين وبيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في اصوله ان الجنين ما دام مجتنا في البطن
ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحيوة معد لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار
هذا الوجه يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق او ارث او نسب او وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون اهلا
لوجوب الحق عليه فاما بعدما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه يكون ضامنا له

مهر امرأة بعقد الولي **قوله** وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم اقول
في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد ان قال قبله معناه دية
الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر ان دية المرأة نصف دية
الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا
التفصيل الفارق بين الذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته ان لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع
في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل ح نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيتبين
التفصيل المذكور وعن هذا قال صاحب الكافي كما قال المص ولم يتعرض قبله لتفسير الدية بعشر دية الرجل
قوله والقياس ان لا يجب شيء لانه لا يتيقن بحيوته قال في العناية وكثير من الشروح تتميما لما في
الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى اقول يرد على هذا
البيان انه انما يتم ان لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز ان تكون جزاء اتلاف عضو
من الآدمي صالح للحيوة كما يجب في اتلاف سائر اعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والاظهر في البيان
هنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة انه لا يحل ارشه ولا عضو
لو انفصل بعد الموت لا تتقوم انتهى فتدبر **قوله** والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق قال
صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر انه حي او معد للحيوة قال الظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن انتهى ورد بعض الفضلاء
قوله او معد للحيوة في تقرير السوال حيث قال كونه معدا للحيوة متيقن ليس من قبيل الظاهر انتهى
اقول ليس هذا بصحيح فان تيقن كونه معدا للحيوة ممنوع لجواز ان يفسد الماء في الرحم
فلا ينبغي استعداده للحيوة ولقد اشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم الماء في الرحم
ما لم يفسد فهو معد للحيوة فيجعل كالحي في ايجاب الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم
كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى فتبصر **قوله** وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة
درهم اعلم ان الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا المقام اعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم
قال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة كذا وجدت
بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد
بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح ايضا ذكروا التوجيه الذي
نقله صاحب النهاية عن خط شيخه ودفعوا بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله
اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم وينبغي ان يكون اذ بسكون الذال بلا الف بعدها يعني
انها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل

مادونها انتهى وقد نقل صاحب الغاية هذا التوجيه ولم يتعرض له برد بعد ان نقل التوجيه الاول
مع رده حيث قال قيل قيد به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة فرده
بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء قال
ولعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونه على العاقلة انتهى وكأنه ارتضى
التوجيه الثاني اقول التوجيه الثاني ايضا مردود عندي اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة
بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب
لا دونه لا على العاقلة كما صرحوا به قاطبة حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا
من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض
ايضا بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة الى خمسمائة درهم فما فوقها فان مثل ذلك
كله في مال القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه ايضا ثم اقول هنا توجيه
آخر لم يذكره الشراح وهو ان يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بان يكون معناه اذا
كانت خمسمائة درهم على الثبات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فان
الواجب في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا اذا كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان انثى من غير
تعيين قدر معين من العدد فضلا عن ان يبلغ خمسمائة فيحصل المرام من غير كلفة كما ترى قوله
قال مالك في ماله لانه بدل الجزء اقول في تعليله نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال
الجاني بل لا بد ان يكون البدل اقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد مر
قبيل هذا الفصل ان عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها
خمسمائة فصاعدا ويمكن ان يقال ان مذهب مالك ان لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان اقل
من ثلث الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك بناء المختلف على المختلف
تامل تقف قوله ولانه بدل النفس ولهذا سماه صلى الله عليه وسلم دية حيث قال دوه اقول
في الاستدلال على انه بدل النفس بتسمية النبي صلى الله عليه وسلم دية بحث فانه عليه السلام سمى
كثيرا من بدل الاعضاء والاجزاء دية الا يرى الى ما مر في فصل فيما دون النفس ان سعيد بن المسيب رضي الله عنه
روى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا
كتب لعمرو بن حزم رضي الله عنه وكتب له ايضا وفي العينين الدية وفي احديهما نصف الدية الى غير ذلك
فليتأمل في الدفع قوله الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة قال صاحب الغاية قوله
المص هنا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكأنه يقول انما كانت
الغرة اقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظر لانه في جنين الامة لا وجوب على العاقلة

اصلا

اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى اقول نظره ساقط لان قول المص
الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة انما يدل على انها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم
المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا ايضا في الروايات فمفهوم قوله المذكور
انها تعقل خمسمائة فصاعدا في الجملة لا انها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الامة
اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المص الا ان العواقل
لا تعقل ما دون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على ان الدية على العاقلة قليلة كانت او كثيرة وانتم
قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى اقول الظاهر ان مراده
بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير
تقييد بالبلوغ الى خمسمائة الا انك علمت سقوطه ايضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب الغاية آنفا ثم اقول
في تحرير مراد المص هنا خلل اذ لا يتم ح السؤال ولا الجواب اما الاول فلان مدلول الحديث المذكور قضاء رسول
الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع فمن اين يدل
الحديث على ان الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم تكون ايضا على العاقلة حتى يتوجه ان
يقال انه ينافي تقييدكم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم واما الثاني فلان الحديث المذكور لو دل على ان
الدية سواء كانت اقل من خمسمائة او اكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد قول المص الا ان العواقل لا تعقل
ما دون خمسمائة لان يكون معولا به في مقابلة ذلك الحديث بدون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب
عما ذكر كما قرره قوله ولانه اذا كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال
بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة اقول لقائل ان يقول
لم لم يعكس الامر بان يعمل في حق التأجيل بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني وما لم يتبين وجه
ذلك لا يتم المطلوب هنا والاظهر في تقرير التعليل هنا ما ذكر في الكافي اقتباسا من المبسوط حيث قال ولانه ان
كان بدل النفس من حيث انه نفس مودعة في الام حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية
عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت منها التأجيل الا القدر المتيقن
انتهى تدبر تفهم قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة
قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله اكثر بدون الواو بدل اقل اي اذا كان
الاقل اكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ او اكثر وفي بعضها واكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يستقيم
بلا ح انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لان بدل العضو
اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها او اكثر وفي واكثر قال
الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد ان يكون الاقل من ثلث الدية اكثر من نصف العشر وهو انما يكون

اذا كان اكثر صفة لاقل وبدلا منه ولعل العطف بالواو بتقييد ذلك الا هنا لفظا اقول فيه شيء وهو
ان بين قوله ولعل العطف بالواو بتقييد ذلك ايضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بتقصر الصحة على الاول تدافعا
لا يخفى اللهم الا ان يكون مراده تقصر الصحة على الاول من حيث الرواية لا من حيث سداد المعنى نعم يندفع
التدافع وقال صاحب الغاية وقوله اكثر بدون الواو والعاطفة في اوله على انه صفة لقوله اقل اي اذا
كان بدل العضو ثلث الدية او كان اقل من ثلث الدية وكان ذلك الاقل اكثر من نصف عشر الدية تجب في سنة
واحدة ولكن لنا في التقييد بالاكثر نظر لانه اذا لم يكن اكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية
الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض
الشروح ان تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك فكانه ارتضاه واشار صاحب
الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب غير تام لان لو كان نصف العشر لا يجب
في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم تتعرض له لانه لما كان اكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة
فما ولى ان يكون نصف العشر مؤجلا بها انتهى اقول فيه نظر اذ لا نسلم انه اذا كان ما هو اكثر من نصف
العشر مؤجلا بسنة فاولى ان يكون نصف العشر ايضا مؤجلا بسنة لجواز ان يكون نصف العشر غير مؤجل
اصلا كما قيل في نصف العشر او يكون مؤجلا باقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى قوله ولنا ان
موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه
بان الشك ثابت فيما اذا القته جنينا ميتا لاحتمال ان يكون الموت من الضرب واحتمال ان لم ينفخ فيه الروح
ومع ذلك وجب الضمان وهو اول ما ذكر في هذا الفصل واجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص
على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه
من احتمال العدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام وبسبب تخنيق الرحم وغم
البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فيرجع على اصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية اخذا
من النهاية وما اورد بعض الفضلاء على هذا الجواب حيث قال لقائل ان يقول النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم في
الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق انتهى اقول هذا الرد ليس بشيء فان منشوه ايراده مع جوابه
مذكور في شرح تاج الشريعة فان كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فما معنى ذكر السوال وترك الجواب
وان لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكانه لم ينظر الى ما في شرح تاج الشريعة هنا فلم يظفر بجواب
ايراده اصلا والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا هكذا فان قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة عبد او امة
يتناولها لتناوله فيه قلت لا بد من اضمار فيه كانه قال في اتلاف الجنين غرة والشك وقع في ذلك انتهى تامل
في تفصيل جوابه لعلك تجد صالحا قوله ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر
في ضمان الجنين فكان بدل النفسه فيتقدر بها اقول لقائل ان يقول ان اردت انه بدل نفسه من كل الوجوه كما

هو

هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة
فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فان اراد انه بدل نفسه من وجه لا يكون هذا دليلا على مدعاه فان مدعاه الثلث فيه
من انه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل فليتأمل

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان احكام القتل مباشرة شرع في بيان احكامه تسبيبا
فقدم الاول لكونه اصلا لانه قتل بلا واسطة ولكونه اكثر وقوعا فكانت الحاجة الى معرفة احكامه قوله
ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق به ما في معناه اذ المانع
متعنت اقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة آنفا
للذي عملها ما لم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الائمة ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى الا على اصل محمد
اما اولا فلان قوله فلا يلحق به ما هو في معناه ليس بتام على اصل ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذ قد صرح في الشروح
وعامة المعتبرات ان اصلهما ان لكل احد من عرض الناس مسلما كان او ذميا ان يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه
ضرر او لم يكن اذا اراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره فلكل احد ان ينكر عليه
تطهيرا منه اذ عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على امر منكر على اصلهما وهو الافتيات على رأي الامام فيما اليه تدبيره وان
لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما ان يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على امر منكر اصلا حتى يلحق الحاق ذلك به
واما ثانيا فلان قوله اذ المانع متعنت ليس بتام ايضا على اصلهما قطعا اذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما
ذهبا الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذي قاما عليه فتبصر قوله وكذلك ان سقط
شيء مما ذكرنا في اول الباب قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرصن اقول لعل قول المصنف هنا
مستدرك لان ما مر في اول الباب لفظ مختصر القدوري وهو قوله واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط
على انسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ما ذكر في اول الباب اما الميزاب فصراحة كما ترى
واما الغير ذلك فبعموم قوله او نحوه فلا حاجة الى ما ذكره المصنف هنا بل لا وجه للغلط وكذلك سيما بالنظر الى
الميزاب تامل قوله وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة اقول فيه نوع تساهل لان حكم
المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطبت به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي
وغيره وكلمة كذا تقتضي الاشتراك في الجواب وغير متحقق في قوله او عطبت به دابة اللهم الا ان يكون المراد
بكلمة هنا هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لا في وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما
سبق فيعم قوله اذا تعثر بنقضه انسان وقوله عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو محل
التامل قوله ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان
يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال اخرج الجناح للاجراء ابنوا
جناحا لي على فناء داري فانه ملكي او لي حق اشراع الجناح من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا

ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ
من العمل او بعده لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر فكان له ان يرجع به عليه كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة
ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الامر لانه غره كذا هنا وان
قال للاجراء اشرعوا جناحا على فناء داري واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح في القديم او لم يخبرهم حتى
بنوا جناحا بامره ثم سقط فاتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا به على الامر
قياسا واستحسانا وان سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه امرهم بما لم يملك مباشرته
بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره له فذبح ثم ضمن
الذابح للجار لم يرجع به على الامر وكذا لو استأجرهم ليبنوا بيتا في وسط الطريق ثم سقط فاتلف شيئا لم يرجعوا
به على الامر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه
على معنى انه مباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له
بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على
العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان
امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر
جمهور الشراح هنا اقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله
شيخ الاسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس
في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد
الامر وهو انما يتم فيما اذا اخبرهم بانه ليس له حق في ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد
الامر في هذه الصورة وقد سووا بينهما في وضع المسئلة في وجه الثاني والثالث حيث قالوا واخبرهم انه ليس له
حق اشراع الجناح في القديم او لم يخبرهم والثاني انهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث ان امره
غير صحيح من حيث ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على
العامل قبل الفراغ من العمل مع ان مدخلية هذه الحيثية في فساد امره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم
ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد امره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل
الفراغ من العمل بل امرهم بالانتفاع بذلك باشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك انه مملوك له من حيث الانتفاع
به كما صرحوا به فكيف يفسد امره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد
الامر والثالث انهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الاجراء ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا
سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر
الظاهر منهما ان يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الآمر ابتداء مع ان الفقه يقتضي

اولوية

اولوية كون الضمان في الوجه الاول ايضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة
كانوا فيه مغرورين بقول الآمر انه ملكه وليحق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور
مع الاشتراك بينهما في سائر الامور كما ترى ثم اقول تقرير المص هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق
ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يأباه جدا فان المص جعل المسئلة
على وجهين احدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والاخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم احدهما مخالفا
لحكم الاخر مطلقا وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم
الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى الامر فاقتصر عليهم ولا يخفى ان هذا التعليل
يقتضي ان يكون الضمان عليهم وان لا يرجعوا به على الامر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا
اي في الوجه الاول ايضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وما هو الا غرهم
الآمر بان له حقا في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الامر لم يتسلم اليه
بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بان له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك سيان قطعا ويقتضي
ان لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر
قياسا واستحسانا في الوجه الاول من الوجوه التي ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده
بقولهم لان الضمان وجب على العامل بامر الآمر فكان له ان يرجع به عليه فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة
السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا لامر الآمر خارجا عن عقده فلم يكن بامر الآمر فما كان وجوب الضمان
عليهم بامره بل كان بفعل انفسهم ويقتضي ايضا ان لا يتم تنظيرهم الوجه الاول بما لو استأجر غيره ليذبح
له شاة ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الامر في صورة السقوط
قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هناك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا
ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم الغرر بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ
من العمل كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا لا يقال الفرق بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول
فان ما ذكر في الكتاب محمل المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم الفعلة وعدم علمهم بفساد الامر
في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا يتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا
مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة سيجيء من الشارح ايضا يعني صاحب الغاية اقول جوابه بين
اذ لم يقل احد بان اشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة
له بعده فلا يخلو من ان يكون مباشرة من الفعلة او من الآمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان
والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منهما بل وجب الضمان على الامر وحده
استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الآمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به احد وان التشبيه

قال في المحيط البرهاني وتقرير الوجه الثالث وان سقط بعد فراغ الفعلة من العمل فانه يكون الضمان على الفعلة ولا يرجعون بذلك على الآمر لان الآمر ... لهم الرجوع على الآمر انتهى اقول هذا صريح في كون الضمان على الفعلة في الوجه الثالث ... فمع ... ينبغي ... في صورة السقوط بعد ... التعليل ... بعد فراغهم من العمل ... على النظر

يدفع الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده والذي سيجئ من الشارح ايضا
لابد وان يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية واما كون اشراع الجناح
مباشرة مطلقا لفعل بما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير
مفيد في دفع السوال الذي ذكر كما لا يخفى **قوله** ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن
الراشي اقول في تحرير المصنف هنا شئ وهو ان الظاهر من قوله فيما مر آنفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله
وكذا اذا صب الماء ان مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكر هنا الصب في اصل المسئلة
حيث قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراشي
فلم يطابق جواب المسئلة موضع المسئلة ويمكن ان يعتذر عنه بانه انما فعل هكذا ايماء الى اتحاد مسئلتي
الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بمغايرتهما بما ذكر من قبل **قوله** واذا استاجر
اجيرا ليبنى له في فناء حانوته فتعقل بانسان بعد فراغه فمات تجب الضمان على الآمر استحسانا قال
في العناية لم يتعرض المصنف لان ذلك اذا علم الاجير ان الفناء لغير الآمر او اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير
للامام المحبوبي ما يدل على ان هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير جاهلا انه للمستاجر حيث
قال وان استاجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفرها فمات فيها انسان او دابة والفناء لغيره فان كان
الاجير عالما بذلك فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير ان الفناء للغير فالضمان على المستاجر لان الاجير
لم يعلم بفساد الامر انتهى اقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على ان الجواب الذي
ذكر في الكتاب فيما اذا كان الاجير جاهلا ان الفناء للمستاجر الا انه يدل باطلاقه على ان الجواب
في موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بل
تعقله به بعد فراغ الاجير ولم يتعرض له الشارح ايضا فتبصر **قوله** وفي الجامع الصغير البالوعة
يحفرها الرجل في الطريق فان امر السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن قال بعض الفضلاء الا
من السلطان اكراه فقوله او اجبره كالعطف التفسيري انتهى اقول ليس هذا بسديد لان كون
مجرد الامر من السلطان اكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد كما نص عليه في السير الكبير حيث قال
الذي يجئ من الامام ليس باكراه فجاز ان يكون قوله في الجامع الصغير او اجبره عليه بعد قوله فان امر السلطان
بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم ان كونه اكراها هو القول المختار فالظاهر ان الامر هنا كان من الامر الاذن لا الاكراه
الامر الاذن وعطف الجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل حل المسئلة
وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعل باذن الامام وقال في العناية وذكر رواية
الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك ان مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه
يدفع الضمان عن الفاعل صرح به عامة المعتبرات فيكون قوله او اجبره عليه مسئلة اخرى لا محالة

واما

واما كون قوله او اجبره عليه عطفا تفسيريا فمما لا وجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة او ومعناها
اينما لا يساعده فلك واما شاع ذلك في ذكل الواو ولسنا عرف معناه اياه ولكن بقي لنا شئ في قوله او اجبره
عليه بعد قوله فان امر السلطان بذلك وهو انه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا امره السلطان بما فعله يعلم
عدم ضمانه قطعا فيما اذا اجبره عليه فما فائدة ذكر قوله او اجبره عليه بعد قوله فان امره السلطان بذلك نعم
لو قال فان اجبره السلطان على ذلك او امره بذلك لحسن كون الثاني من قبيل الترقي تامل تفهم **قوله**
وكذلك الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره قال عامة الشراح اراد بقوله
مما ذكرناه ما ذكره من اول الباب الى هنا من اخراج الكنيف او الميزاب او الجرصن الى الطريق وبناء الدكان فيه
واشراع الروشن وحفر البئر وزاد صاحب الغاية وموضع الحجر وقالوا اراد بقوله وغيره غير ما ذكره في الكتاب كبناء
الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع اقول ومما ذكره من اول الباب الى هنا صب الماء في الطريق
وكذا رش الماء او التوضؤ فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر احد من الشراح شيئا من ذلك مع التزامهم البيان
والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما تركوه وما بعده وان زعموا ان الجواب فيما تركوه خلاف الجواب
فيما ذكروه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث
قال ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع وقتل انسانا الى آخره ويمكن ان يعتذر
عن الثاني بان الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد حمل الشراح مسئلة استيجار الفعلة لاخراج الجناح
او الظلة المذكورة في الكتاب فيما مر على ما فعل في فناء الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا وارادوا
بناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءها في طريق العامة او انهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة
في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استاجر الغير لفعله فلم
يعدوا ما استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وارادوا ببناء الظلة الذي عدوه
من غير ما ذكر في الكتاب بناءها بنفسه لكن الظاهر ان الجواب على التفصيل المذكور هو انه لو فعله بامر السلطان
لم يضمن ولو فعله بغير امره ضمن متمشٍ فيما فعل في فناء الدار ايضا وفيما فعل باستيجار الغير لفعله ايضا فلا فائدة
في التخصيص بل لا وجه له فتفكر وكذا اذا حفر في فناء داره بئرا وان لم يكن الفناء ملكه كذا في العناية
وغيرها اقول يرد عليه انه ينافي ما ذكر فيما مر من المسئلة المقررة الجمع عليها وهو قوله واذا استاجر
اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات تجب الضمان على الآمر استحسانا فتامل
وقيل هذا انما كان اذا الفناء مملوكا او كان له حق الحفر فيه قال جمهور الشراح في تفسير قوله او كان
له حق الحفر فيه بان كان لا يضر لاحد او اذن له الامام في ذلك اقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل اما في
الاول فلان قول المصنف انما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا الى آخر يأباه فان عدم الضرر لاحد قد يتحقق
في صورة كونه لجماعة المسلمين او مشتركا ايضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه واما في الثاني

فلانه اذا اذن له الامام يجوز له التصرف في طريق العامة ايضا فلا يضمن ما عطب فيه كما قرأ نفاه لا شك انه
مراد المص بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذا اذا حفره في فناء داره وهو اه الحاصل يضمن
في هاتين الصورتين بعضا اذن الامام ايضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لا يضمن يعني
كما اذا اذن له فحفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل على مثل
الحفر في فناء داره التي يجب بها عدم الضمان بعد اذن الامام انفيا على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال
صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له ان يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكا له او كان بحيث لا يلحق
الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر الغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي اما اذا كان
الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي انتهى اقول
قد زاد ذاك الشارح نغمة في الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله او كان له حق الحفر فيه بان قال او كان بحيث لا يلحق
الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح في ان يرد عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل
وقال في تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر الغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي
ويرد عليه ان التقييد بشرط السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه
المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم اقول
الصواب عندي ان معنى قوله او كان له حق الحفر فيه اذا كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا
عليه بالانتفاع فيه او كان مما استاجره للانتفاع فيه او نحو ذلك مما ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما ترى
قوله وان حملوا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم
قال صاحب العناية في عبارة المص تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المامور به في ملكه حتى يصح التعليل
بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى اقول
ليس هذا بسديد لان مدار عد التسامح في عبارة المص على الغفلة عن مدخول قوله ولا غرور في تمام التعليل ولا شك
انه داخل فيه فقوله لم يصح امره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء
صحته ظاهرا والمعنى لم يصح امره حقيقة لانتفاء الملك في المامور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر ان ما ذكره
المص تعليل مفيد واسع ليس بتام وانما يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بان ذلك هو
المناسب قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا • يعني قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه
ملكا له لانطلاق يده في التصرف فيه الخ قال في الغاية اخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس
له فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته اجيب بان قوله ليس له فيه حق
الحفر يحتمل ان يكون مراده ليس له ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض
الدلالة انتهى اقول في الجواب بحث لان كلمة ليس لنفي مضمون الجملة حالا عند جمهور النحاة على ما تقرر

في موضعه

في موضعه فلا يحتمل قوله ليس له فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالا واما عند بعض النحاة فكلمة
ليس وان كانت للنفي مطلقا الا ان معناه ان مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به
واما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسي وتحسنه
الرضي وفيما وقع في مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو
كان كذلك لما صح قول المص في تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم اذ العلم
بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك واما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر ان المراد به ليس له
ذلك في القديم الى الحال الا انه ليس له ذلك في القديم لكنه له في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم اقول
الحق عندي في الجواب ان يقال يحتمل ان يكون المراد بذلك ليس له على الاختصاص حق الحفر فيه على ان يكون اللام
في له للاختصاص فيجوز ان يكون فناء داره حق عامة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير نافذة كما
مثله ولا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل احد التصرف في حق العامة بشرط السلامة
ولا ينافي ايضا قول المص في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر يتقرر على كل من
الاحتمالين اما على احتمال ان يكون المراد ليس له فيه حق الحفر اصلا اي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك
فظاهر واما على احتمال ان يكون المراد ليس له فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة او
في الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به انسان او بهيمة
يجب عليه الضمان قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قال جمهور الشراح اشار المص بقوله وهذا
اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن واراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع
الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعدما وقع في الطريق اقول ما ذهبوا اليه من كون قول
المص وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين احدهما انه لو كان فعطب به
فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك
لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما انه لو كان
مراد المص ذلك لذكر قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداء قد لبسه
فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ لا وجه لتأخير بيان حال المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا
ارتباط اليه وقال صاحب العناية بعد ان شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به
معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به ثم قال ولعل المص نظر الى المعطوف
مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى اقول ان قوله ولعل المص نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف
عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب بمجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع
النظر عن المعطوف عليه وانا اتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المص في كلامه المتين المحرر على ما يأباه نظمه

ادنى جريمة باساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان
لم يضمن وهو الحق الصريح عندي ايضا فانه مصون عن المحذورات المذكورة كلها ورده صاحب العناية بعد ان
نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو
بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى اقول ورده
مردود لانه لا يخفى انه يتصور ان يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير ايضا في حالة النوم بل في حالة
اليقظة ايضا فيختنق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن امكان وقوعها كاف في تعميم
المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه اخر فقال ويمكن ان نقول
المراد قوله فسقط فعطب به انسان يعني ان هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده
الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه
الايماء الى دليله الى هذا اللفظ اقول كل من توجيهات كلامه كاسد اما قوله يعني ان هذا اللفظ يشمل
بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق
بين اللفظين نفسهما بدون ان يكون له تاثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا عن الفقه بل يكون بمنزلة اللغو
من الكلام هنا ومثله لا يليق بمن له ادنى تمييز فضلا عن المص الذي هو علم في التحقيق واما قوله ولو سلم فالمراد
بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه واما قوله
الايماء الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة الا يرى ان كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول
مع كون النتيجة خاصة **قوله** وقالا لا يضمن في الوجهين اي فيما اذا فعل ذلك احد من العشيرة وفيما اذا
فعل احد من غير العشيرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن
الامام والعشيرة او عدم اذنهما وتبعه الشارح العيني اقول تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذانك
الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة **قوله** ولو كان جالسا لقراءة القرآن او
للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث
فهو على هذا الاختلاف قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم
اي تعليم الفقه والحديث او للصلوة يعني منتظرا لها او نام فيه في اثناء الصلوة او في غير الصلوة او مر فيه مارا
او قعد فيه لحديث قال المص فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض اصحابنا واختاره ابو بكر الرازي
وقال بعضهم وهو اختيار ابي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى اقول
في تقريره خلل فان الاختلاف بين اصحابنا واختيار ابي بكر الرازي قول بعضهم وابي عبد الله الجرجاني قول
البعض الاخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بان كان ينتظر الصلوة او قعد للتدريس وتعليم الفقه او للاعتكاف
او قعد يذكر الله ويسبحه او يقرأ القرآن فعطب به انسان فمات واما فيما اذا قعد لحديث او نام فيه او قام فيه

لغير الصلوة او مر فيه مارا فعطب به انسان فمات ففيه اختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه بلا اختلاف من احد
من اصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية ايضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب ان
ما ذكره المص هنا في الصورتين فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الاطلاق
وهو اختيار بعض اصحابنا الى اخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل ان يقول في عبارة الكتاب تكرار لانه قال
وان كان في غير الصلوة ضمن وفي غير الصلوة يشمل هذا المذكور كله والجواب ان قوله وان كان في غير الصلوة ضمن لفظ
الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا لقراءة القرآن من لفظ المص بيانا لذلك انتهى اقول في كل واحد من سؤاله
وجوابه استقامة اما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلوة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف
يشمل قوله وان كان في غير الصلوة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في اثناء الصلوة
او في غير الصلوة والمرور فيه مارا واما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المص
شامل للجلوس وغيره كما عرفت انفا فكيف يكون هذا بيانا لذاك ثم قال وقوله فهو على هذا الخلاف يفيد اتفاق المشايخ
على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رايت اقول لا نسلم انه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز ان
يكون مختار المص ايضا ما اختاره ابو بكر الرازي فبناه على ذلك ولم يذكر القول الاخر ومثل هذا ليس بعزيز في كلام
المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام ان يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الكافي
انتهى اقول لعل مراد المص لم يقل هكذا هو ان ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة ايضا
ولم يقل احد بانه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المص مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام
لاختل كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم ان يندرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق
ايضا فقال فهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة
وامتيازا لما اختاره ابو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة فتامل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن **قوله**
لما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس بها الى اخره
اقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاها في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود
فيه لحديث فان شيئا منها ليس من الصلوة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلوة ولا من الانتظار للصلوة فلا يتم
التقريب **فصل في الحائط المائل** لما ذكر احكام القتل الذي يتعلق بالانسان
مباشرة او تسببا شرع في بيان احكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان من حقها ان يؤخر عن مسائل
جميع الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا ان الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها
الحق مسائله بها ولهذا الحق بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها **قوله** والاصل انه يصح التقدم
الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه اقول لقائل ان يقول
ينتقض هذا الاصل بما سياتي في الكتاب من انه يصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض

الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين احدهما انه يجوز ان يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جوابا بالاستحسان ووجه ما ذكر هنالك ما هو جواب القياس فيه فهو ان لا يضمن احد من الورثة شيئا اما الذي تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض وحده مما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح ايضا فيما سيجئ وثانيهما انه يجوز ان يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه او مع مشاركة غيره ويكون لا يتمكن منه من لا يتمكن منه اصلا واحد الورثة في المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا انه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض **قوله** والضمان في مال اليتيم **اقول** في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تلف بالحائط المائل ان كان من النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد تقرر هذا كله في الكتاب فيكون الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق **قوله** لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل **اقول** كان مدعاهما عاما للفصلين اي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلثة كما افصح عنه المص بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكر من قبلهما خاص بالفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المص من قبلهما وفي مسئلة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين والجواب عن جانب المص هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا انه يعم الفصل الثاني ايضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة فاكتفى بذلك ولو لا مدار الكلام هنا على الاكتفاء بافهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي ايضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسئلة حفر البئر وحدها بل هو مسئلة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

باب جناية البهيمة والجناية عليها

لما فرغ من بيان احكام جناية الانسان شرع في بيان احكام جناية البهيمة ولا شك في تقدم الانسان على البهيمة رتبة فكذا ذكرا كذا في النهاية ومعراج الدراية **اقول** يرد عليه انه لم يفرغ من بيان احكام جناية الانسان مطلقا بل بقي منها احكام جناية المملوك ولا شك ان المملوك من الانسان ايضا متقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغي ان يتقدم عليها ذكرا ايضا فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا في افادة حق المقام وقال في غاية البيان فكان من حق هذا الباب ان يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في المملوك ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بباب ما يحدث الرجل في الطريق من الجرصن ونحو ذلك انتهى **اقول** يرد عليه ايضا انه لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجهة المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب في باب مستقل بل كان ذكرها في

ان تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر **قوله** ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها قال الشراح في اللغة يقال نفحت الدابة شيئا اذا ضربته بحد حافرها وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب واقتفى اثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية **اقول** كون المذكور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحت الدابة ضربته بحد حافرها واما كون المذكور في الصحاح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها ثم **اقول** بقي اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا ان لا تكون النفحة الا بالرجل فيلزم ان لا يصح قوله او ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها لانه يقتضي ان تكون النفحة بالذنب ايضا بل يلزم ايضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا في مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التأكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتنافي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التأويل الصحيح ان يحمل النفحة المذكورة في عبارة الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال تأمل **قوله** والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها هذا لفظ القدوري في مختصره قال المص والمراد النفحة وقال صاحب النهاية في شرحها عن قوله لما اصابت بيدها او رجلها وقال انما فسر بهذا لانه كان يجوز ان يراد بقوله لما اصابت بيدها او رجلها الوطي وقد ذكرت انه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف احد وانما الاختلاف في النفحة ولو لم يفسر بهذا الكان لمتوهم ان يؤول ذلك بالوطي ويثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك انتهى واقتفى اثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية **اقول** فيه خلل لما اولا فلان الظاهر من قولهم يحتمل من قوله لما اصابت بيدها او رجلها ان يكون المراد بالاصابة بيدها وبالاصابة برجلها كليهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها ايضا بطريق التجوز فلا يجري هنا اذ لا فرق بين الوطي باليد والخبط الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف احد فلا معنى لان يكون المراد احدهما دون الآخر واما ثانيا فلان القدوري لم يذكر الخلاف على مسئلة السائق اصلا حتى يلزم من تعميم ان يكون المراد بقوله لما اصابت بيدها او رجلها هو الوطي اثبات الاختلاف في الوطي وانما الذي بين الاختلاف فيها تلك المسئلة هنا هو المص وهذا فرع تفسير مراد القدوري بالنفحة لا منشأ هذا التفسير كما يشعر به كلامهم ثم **اقول** الحق ان معنى قول المص والمراد النفحة هو ان مراد القدوري بقوله او رجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفحة وانه انما فسر بذلك ليتم قوله في مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان مراده الوطي لم يتم ذلك فان وطي الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد ايضا بلا خلاف احد **قوله** ووجه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه **اقول** لقائل ان يقول ان يد الدابة ايضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر والالتفات الى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما اصابت بيدها ايضا فينبغي ان لا يضمن ذلك ايضا فليتأمل في الدفع **قوله**

وقال الاكمل الشارح ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه اقول
ولقائل ان يقول ليس على يدها ايضا ما يمنعها به كما كان في فمها من اللجام فلا يمكنه التحرز عما اصابت بيدها ايضا فينبغي
ان لا يضمنه ايضا فليتامل في الجواب قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الاخر
قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله واذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في
اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في
الفارسين انتهى وقال في العناية اخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين
غالبا في الفارسين خصهما بالذكر انتهى وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد
بالفارسان اتفاقي او بحسب الغالب انتهى وتبعهما الشارح العيني اقول عجيب من هؤلاء الشراح مثل
هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيرا فان الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة و
الجناية عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجا عن مسائل هذا الباب قوله
وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا قال في العناية
اخذا من شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين احدهما ان الخصم ايضا يرجح جانبه بما ذكر من المعنى والثاني
ان ما ذكر ثم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره منقوض بالواقع
في البئر بمشيه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة انتهى اقول ان الجواب
عن الثاني بما ذكر ليس بشيء لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به واما
اذا كان متروك العمل به بان عارضه نص اخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعا
الا يرى الى ما تقرر في اصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة
الى القياس وقول الصحابي ان امكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لامتنع
المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذ ذاك في مقابلة السنة لا محالة
والصواب في الجواب عن الثاني ان يقال مراد المص بقوله فرجحنا بما ذكرنا انا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذي
هو القياس بعد ان تعارضت روايتان لا انا رجحنا احدى الروايتين بما ذكرناه من الدليل العقلي حتى يتجه
عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا بقي ههنا شيء وهو انهم صرحوا بان ما ذكره زفر والشافعي جواب القياس
وما قلناه جواب الاستحسان فاذا تعارضت الروايتان عن علي رضي الله عنه وتساقطتا فكان المصير في اثبات
قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذي هو القياس لزم ان يكون ما قلناه جواب القياس ايضا فما معنى قولهم
جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر في النص بل قد يكون بالنص كما في السلم والاجارة وبقاء
الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كما في الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما في طهارة الحياض
والابار وقد يكون بالقياس الخفي وهو الاكثر كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم هنا

بما قلناه

بما قلناه جواب الاستحسان هو القياس الخفي المقابل للقياس الجلي بلا اشكال قوله اما الارسال للاصطياد
فمباح قال بعض الفضلاء نعم الا انه لم لا يكون مقيدا بشرط السلامة انتهى اقول جوابه ظاهر بعون
المولى لان التسبيب لا يوصف بالتعدي فان كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدي
كما في المرور في طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذي هو حق العامة واما فيما لا يوجد فيه التعدي كما في الارسال
للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان في امثال ذلك انما يتصور بالتسبيب ولا تسبيب الا بوصف
التعدي وحيث لم يوجد التعدي لم يتصور التسبيب فلا ضمان اصلا وقد اوضح الفرق بين ارسال الدابة في الطريق
وبين ارسال الكلب او البازي للاصطياد في الذخيرة حيث قال ووجه الفرق ان ارسال الدابة في الطريق اذا لم
يتبع مع الدابة وامكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونا عليه فاما ارسال الكلب والبازي من غير
اتباع معه فليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمسبب في الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا انتهى تبصر
قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته وهي السوق والقود والركوب وكذا
في عامة الشروح قال في النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ ان يقول من الارسال وامثاله او يقول
من الارسال واخواتها بتاويل الكلمة اذ السوق او القود لما كان اختا لا اخا للارسال كان الارسال اختا ايضا
والا يلزم جعل بعض اسباب التعدي اخا وبعضها اختا من غير دليل انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية
وليس بشيء لانه ليس ههنا مؤنث معنوي خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك انتهى اقول ليس هذا
بدافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حق اللفظ ان يؤتى باداة التانيث البتة حتى يقال ليس ههنا مؤنث
معنوي يقتضي الاتيان باداة التانيث بل قال كان من حقه ان يجعل اسباب التعدي في قرن واحد من التذكير والتانيث
بان يقال من الارسال وامثاله او يقال من الارسال واخواتها والا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مؤنثا من غير امر
يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لا محالة ثم اقول الوجه في دفع ذلك ان يقال لما جاز تذكير كل واحد من
تلك الاسباب باعتبار ما في ظاهر لفظ كل واحد منها وفي معناه من التذكير وجاز تانيث كل واحد منها بتاويل لفظ الكلمة
او تاويل معناه بالفعلة صح في كل واحد منها الوجهان ثم ان المص لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين المتقابلين
كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة على ما عرف ذكر بعض تلك الاسباب وانث بعضها فقال من الارسال واخواته تدبر توقف
قوله ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة قال في العناية فان قيل يجب ان يكون قضاء رسول
الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذي اوجبه ثمة في غير الماكول من الجمال والركوب والزينة
والجمال والعمل موجود في ماكول اللحم فيلحق به انتهى اقول في الجواب نظر اذ لمانع ان يمنع ان المعنى الذي
اوجب ذلك في غير ماكول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كونه ان لا يقصد منه اللحم اصلا كما يقصد من لحم الشاة
والخلاف في تلك المعنى ايضا وهو غير موجود في ماكول اللحم اذ قد يقصد منه اللحم كما يقصد تلك الامور المذكورة ايضا فلا
يتم الالحاق كما لا يخفى قوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم الى اخره اقول فيه كلام اما اولا فلان هذا الدليل

[illegible] كان من حق اللفظ ان يقول
[illegible]
[illegible] انتهى سعدي

لا يتمشى في غير ماكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو بحكم انعكاسه يقتضي ان يكون الجواب في غير ماكول اللحم غير الجواب
في ماكول اللحم مع ان الجواب فيهما متحد فانى كلا منهما داخل في المدعى هنا واما ثانيا فلان قوله يشبه الادمي في ايجاب الربع
يعني عملنا بشبه الادمي في ايجاب الربع ليس بواضح لان شبه الادمي لا يقتضي ايجاب الربع بل يقتضي ايجاب
النصف لان الواجب في الادمي في الجناية المزبورة هو النصف وانما المقتضي لايجاب الربع مجموع الشبهين كيف
ولو كان المقتضي لايجاب الربع شبه الادمي فقط لما احتيج الى العمل بالشبه الاخر كما لا يخفى فالظاهر في الاداء ان
يقال فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الاخر في تنصيف الواجب
في عين الادمي فوجب الربع عملا بهما وقد اشار اليه صاحب الكافي حيث قال فاشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب
تنصيف التقدير الواجب في الانسان عملا بهما انتهى نعم مراد المص ايضا هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى
قوله فلان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده اقول [illegible] عليه
ما ذكره فيما مر في مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله وانتقال الفعل بتجويز النقل كما في المكره وهنا
تجويز بالضرب وجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين **قوله** ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب
غير متعد في فعله فيترجح جانبه في التغريم للتعدي قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا
فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول
ويمكن ان يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا اتلف بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام
ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا مسببين وترجح الناخس في التغريم
للتعدي انتهى كلامه اقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من الترديد ومنع كون الراكب
مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل ان يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم ان يكون مضمون هذا الدليل منافيا
لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره ان لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيتدافعان الكلام
الا ان يحمل احدهما على الفرض والاخر على التحقيق فتامل **قوله** وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل
الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخستها لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فيصح امره به وانتقل اليه
معنى الامر اقول لقائل ان يقول هب ان النخس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فامر الناخس به
لكن الامر به انما يثبت ولاية من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجيء به التصريح في المسئلة الاتية فمن حيث
انه اتلاف ينبغي ان يقتصر على الناخس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناخس الضمان لتعديه في الاتلاف
كما في المسئلة الاتية فتفكر في الفرق ولعلك تستكشفه العبارات **قوله** ولو وطئت رجلا في سيرها وقد
نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لانه سيرها في تلك
الحالة مضافا اليهما اقول ولقائل ان يقول الراكب مباشر فيما اتلفت بالوطء لحصول التلف بثقله
وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس متسبب كما مر في الكتاب واذا اجتمع المباشر والمتسبب فالاضافة الى

المباشر اولى كما صرحوا به تتميما في مسئلة الراكب والسائق فما بالهم جزموا ههنا باضافة الفعل الى الراكب و
الناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر **قوله** والاذن تناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله
من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه قال في النهاية اي يقتصر الضمان على الناخس اقول
ليس هذا بشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس اتلافا ان يكون الناخس متعديا بكونه
مسببا لجناية الدابة ولا يلزم منه ان لا يوجد هناك مسبب ومباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد
وجد في مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا اقل من ان يكونا ايضا سببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب
عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب ان مراد المص بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه اي فمن هذا الوجه
يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس اي لا ينتقل الى الامر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه اخر وهو
حيثية كونه سوقا كما في المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوي الافهام **قوله**
والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته قال في العناية قوله والناخس اذا كان عبدا يعني والنخس بغير اذن
الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها او يفدى انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء
في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية يدفع مولاه او يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن
الراكب انتهى اقول بحثه ساقط فانه مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق
من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته
في شيء من الصور الا اذا نخس بغير اذن الراكب حتى يتجه عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة
الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به وقد يرشد الى كون
مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المص والناخس اذا كان عبدا فالضمان
في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب واما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من
الدابة نفحة او وطء فقد ذكر حكمهما في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فامر عبدا لغيره فنخس
دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المامور كفعل الامر عبدا كان المامور او حرا وان وطئت
في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه
او يفديه بمنزلة السائق مع الراكب لان المولى يرجع على الامر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية
لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فانه الحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى ان يرجع به
على المستعمل له انتهى تامل

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان
احكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان احكام جناية المملوك وهو العبد واخره لانحطاط
رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح اقول فيه شيء وهو ان لقائل ان يقول لما وقع الفراغ
من بيان احكام جناية الحر مطلقا بل تبع منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب

وكذا ما وقع الفراغ من بيان احكام الجناية على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين
في هذا الباب فالاظهر ان يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق
بالمملوك البتة من جانب آخر لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون ادنى منزلة من البهيمة
فكيف اخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب او السائق او القائد وهم ملاك انتهى
اقول فيه ايضا شيء اذ لقائل ان يقول ان اراد ان جناية البهيمة كانت البتة باعتبار الراكب او السائق او القائد
فهو ممنوع فان جنايتها بالطريق المنفجر برجلها او ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار احد منهم والا لوجب عليهم الضمان في تلك
الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا
او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه وكذا اذا انفلتت فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا كما عرف كل
ذلك ايضا في بابها وان اراد ان جنايتها قد يكون باعتبار احد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن ان يقال في
الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على احد بل يكون فعلها هدرا ما لا يترتب عليه حكم من احكام الجناية في الشرع
وانما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ما له حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقريب قوله والمسألة
مختلفة بين الصحابة قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رضه مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه
وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضه كما هو مذهبنا وعن عمر وعلي رضه كما هو مذهبه فانهما قالا عبيد الناس اموالهم وجناياتهم
في قيمتهم اي اثمانهم وقال في غاية البيان روى اصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس انه قال اذا جنى العبد
ان شاء دفعه وان شاء فداه وعن عمر رضه انه قال عبيد الناس اموالهم وجناياتهم في قيمتهم وعن علي رضه مثله وقال
في معراج الدراية روي عن علي انه قال عبيد الناس اموالهم جزاء جناياتهم في رقابهم الناس كمذهبنا وهكذا روي عن
ابن عباس ومعاذ بن جبل وابي عبيدة بن الجراح رضه وروي عن عمر رضه مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس اموالهم
جزاء جناياتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقال في العناية فعن ابن عباس رضه مثل مذهبنا قال اذا جنى
العبد ان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روي عن علي ومعاذ بن جبل وغيرهما رضه وروي عن عمر مثل مذهبه قال عبيد
الناس اموالهم جزاء جناياتهم في قيمتهم اي في اثمانهم لان الثمن قيمة العبد انتهى اقول قد اضطربت كلماتهم
في الرواية عن علي رضه فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى ثم اقول
قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن علي وعبد الله بن عباس
مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضه ولم ينقل الانكار عليهما من احد منهم فيكون اجماعا منهم انتهى ولا يخفى انه يخالف
قول العامة والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم قوله ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ
ان تتباعد عن الجاني الخ قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم في المسألة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على
المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على اصل مختلف فيه فمن اين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن
ان يقال الشافعي رح جعل وجوب موجب جنايته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذا

بينا

اذا بينا الفرق بينهما بقي اصله بلا اصل فبطل وقد بين المصنف لكن بقوله بخلاف الآدمي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فيجب
في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب في ذمته واما اصلنا فهو
ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل ابطال الدليل فيتبين على ما يبطل بابداء الفارق الى هنا كلامه اقول
جوابه ليس بتام اما اولا فلانه لا شك ان مدار دليل الشافعي ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد في ذمته على وجوب
الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه ان يبقى مذهبه بلا
اصل بل مدار دليله على انه لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته
ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله بمجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كلمة تعريف المصنف فلا يلزم من بيان الفرق
بين مسألتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء اصله بلا اصل كما لا يخفى واما ثانيا فلان للشافعي ان يقول
كما ان اصلكم مستند الى النص وهو ما روي عن ابن عباس وغيره كذلك اصلي مستند الى النص وهو ما روي عن عمر
ليس بقياس على ما يبطل بابداء الفرق ثم اقول الحق في الجواب عن البحث المذكور ان يقال الكلام في تعليل هذه
المسألة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة عندنا اهل الديوان وعند الشافعي اهل العشيرة وقلنا هي اهل النصرة
وقد ذكر ذلك في اوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكتفينا ههنا بجعل
ذلك المختلف اصلا لهذا المختلف كما ترى قوله والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به قال بعض الفضلاء اليس
يخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا انتهى وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على مذهب ابي حنيفة
ان العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه انتهى وذكر ايضا بعض العلماء في
حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية اقتفاء التسهيل كما هو حاله في اكثر ايراداته في تلك الحاشية اقول
في الجواب عما ذكر كلهم هنا ان لفظ العاقلة انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلام
اهل اللغة ايضا فانا نقول اولا قال العاقلة الذين يعقلون اي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجيء في الكتاب
في اول المعاقل وقال في المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل او اهل ديوانه اي الذين
يرتزقون من ديوان على حدة انتهى وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون
دية من قتل خطأ وقال اهل العراق هم اصحاب الدواوين انتهى الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة فاذا تقرر هذا
تبين ان المراد بما في الحديث ان العواقل التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا وان مذهب ابي حنيفة ان العبد
اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة اي الجماعة بل يغرم مولاه جنايته فقول المص وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل
التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته كما يرشد اليه قول صاحب
الكافي في كتاب المعاقل ولا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة
ولا يتحمل عن العاقلة عن مملوكهم فكذا لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه انتهى فلا يخالف ما ذكر ههنا حديث لا تعقل
العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب ائمتنا من ان العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة انتهى قوله

واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان تعقيبا بالتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا
يجب الا كالبدل قال في العناية قيل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم الا يرى ان المال قد يقع بدلا عن
القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء
والنية شرط فيه دون الاصل وغير ذلك واجيب بان الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس او العضو اشبه الدية وكل
وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختار المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك
يقتضي كونه كذلك اي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض وهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض
جانب الحلول والاجل فيرجح جانب الحلول لكونه فرع اصل حال لموافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن
في لفظ المص ما يشعر به انتهى اقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه ان كانت امرا لازما
او راجحا تفسخ السوال عن اصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور
مستدركة جدا وان لم تكن امرا لازما او راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول لكونه فرع اصل حال وقال في العناية ويجوز
ان يقال الاصل ان لا يفارق الفرع الاصل الا بامور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة
لا تتغير الا بامور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق
حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بدون الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه
ليس امر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم اصله فيكون ملحقا به انتهى اقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال
ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم ان يكون المراد في الجواب بقوله الاصل ان لا يفارق الفرع
الاصل الا بامور ضرورية هو ان الاصل ان لا يفارقه في الحكم الا بامور ضرورية ولا يدل عليه التعليل الذي
ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية اذ الظاهر ان
معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بامور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن
حالة مستمرة لا تتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير حكمها بعد ان تغيرت
نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول فلا يتم التقريب تأمل تقف قوله واما
الفداء فلانه لا حق له الا الارش اقول فيه اشكال سيما في الحصر اذ قد تقرر فيما نحن قبل ان الواجب الاصلي
في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب الا انه كان للولي
حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة فاذن كان حق ولي الجناية منحصرا في الدفع على ما هو الواجب الاصلي في جناية
العبد ان لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الارش بقوله لا حق له الا الارش وهلا يكون هذا مناقضا لما ذكره قبيله
بقوله اما الدفع فلان حقه متعلق به قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها يريد بقوله
ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وقيل يريد به قوله في اول الباب اذا جنى العبد جناية خطاء فانه ينتظم النفس
وما دونها كذا في العناية اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لا سداد لما ذكر ثانيا لان تأخير التعرض له

لما في اول الباب الى هنا مع كونه مبنيا على نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المص واطلاق الجواب لان الاطلاق هناك في
المسئلة الاخرى الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الاول لا غير قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين
لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينتقص الرقبة اقول في التعليل شيء وهو انه ان اراد ان الاذن في التجارة وان
ركبه دين لا يفوت الدفع بغير رضى ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا ان لولي الجناية ان يمتنع من
قبوله وان كان انه لذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وان اراد انه لا يفوت الدفع برضى ولي الجناية فهو مسلم
لكن يلزم حينئذ ان ينتقض هذا التعليل بالضرب المولى العبد الجاني فنقصه فانه يصير مختارا للفداء هناك اذا كان
عالما بالجناية كما مر آنفا مع انه يجري ان يقال هناك ايضا ان الضرب وان نقصه لا يفوت الدفع برضى ولي الجناية
فانه اذا رضي ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرح به ويمكن الجواب عنه بان قوله ولا ينتقص الرقبة
من تمام التعليل ففي صورة ما اذا ضربه فنقصه ان لم يفت الدفع برضى ولي الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور
هنا لم يجر بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينتقص الرقبة فيما اذا ركبه دين كلام لان وجوب
الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعونه ولي الجناية اذا وقع العبد اليه فيبيعونه بديونهم كما صرح به
جمهور الشراح في شرح قول المص الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فهذا كان
ما جاء لكلام ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان لولي الجناية
ان يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته انتهى فتأمل قوله ووجه ذلك هو انه اذا لم يعتقه حتى
تبين ان الصلح وقع بالهلاك قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا اعتق وبين ما اذا لم يعتق
انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح اي الدفع وقع بالهلاك وسماه صلحا بناء على اختيار بعض المشايخ ان الموجب الاصلي
هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به انتهى واقتفى اثره الشارح العيني اقول فيه نظر لان
المص صرح فيما مر بان الموجب الاصلي هو الدفع في الصحيح حيث قال ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب
فكيف يتم حمل تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف المختار وصحح نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين
من المشايخ فان صاحب الاسرار بعد ان ذكر اختيار بعض المشايخ من ان الواجب الاصلي هو الارش قال والرواية بخلافه
هنا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب هو العبد انتهى ثم اقول الحق عندي ان يحمل تسمية الدفع هنا
صلحا على المشاكلة بان عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحبته ما هو صلح وهو ما اذا اعتقه تدبر ترشد قوله والباطل لا يورث
الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها مع العلم بحرمتها عليه اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الباطل لا يورث
الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجري ذلك فيما نحن فيه هنا
لان الدافع لم يعلم ان القطع يسري فيكون موجبه القود بل ظن انه لا يسري وكان موجبه المال وان اراد ان الباطل لا يورث
الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع الا يرى انه اذا وطئ المطلقة الثلث في عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن انها تحل له
فانه يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرح به كافة في كتاب الحدود وقد نفينا ههنا قوله مع العلم بحرمتها عليه قوله اما ههنا فالصلح

لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة اقول فيه بحث لانا لا نسلم ان الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها ان الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله وهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب الجنايات بان موجب القتل العمد القود الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في اسقاط موجب الجناية وان اريد به ان الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرره فكذلك حيث وقع الصلح عنه على المال يسقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة بل تحقق الصلح كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم الفرق اساسا بين صورتي العفو والصلح اذ العفو ايضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل العفو كما لا يخفى **قوله** ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها قال صاحب العناية هذه المسألة ايضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان اقول ليس هذا بسديد لان مبنى هذه المسألة التي حوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان كما في المسألة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب ان يكون القول قول المقر كما في المسألة الاولى وانما مبنى هذه المسألة على انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يسمع قوله الا بحجة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسألة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا ان قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسألة وانما ذكر هنا بطريق الاستطراد لا بالاصالة فما مبنى بناء هذه المسألة التي كان جوابها على قول ابي حنيفة وابي يوسف كما صرح به في الكتاب على اصل قول محمد فيها **قوله** وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن قال صاحب العناية ليس تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع لكنه ذكر بيانا لمسألة اخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان واخذ مال حربي ثم اسلم الحربي ثم خرجا الينا فقال له المسلم اخذت منك مالا وانت حربي فقال بل اخذته مني وانا مسلم فانه يقضي على الحلاف وكذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه دينا فكان قد اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبريه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه اقول فيه شيء من الاختلال اما اولا فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخلا في مسألة القطع نفسها الا انه نظيرها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان عندهما وكونه نظيرا لما نحن فيه تعلق مخصوص فان التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شايع فيما بينهم فما قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستامن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال العبد قد فقات عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الى آخره واما ثانيا فلان قوله ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا اخذه وهو مستامن تدبر **قوله** وان ذهب دفع اليهم ثلاثة اثمانه اولياء الخطاء وثلثه لغير العافي من اولياء العمد عند ابي حنيفة وقالا يدفع ارباعا الى آخره قال صاحب العناية واصل هذا ما اتفقوا عليه هو ان قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغرماء في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لان الحقوق لا تتضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه واما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسألة

بيع الفضولي وهي ان فضوليا لو باع عبدا انسان كله وفضوليا اخر باع نصفه واجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين لا تبدأ لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في مسألتنا هذه ثلاثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطاء وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي العمد في جميع الرقبة فاذا عفا احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطاء بهذا النصف بلا منازعة وبقي النصف الاخر يستوي منازعة ولي الخطاء والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسألة الفضوليين ولابي حنيفة ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة فها هنا لان حق ولي الخطاء في عشرة وحق شريك العافي في خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه الف لرجل والفان لاخر ومات المديون وترك الفا كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذا هنا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء الى هنا اشار الامام قاضي خان والمحبوبي في الجامع الصغير الى هنا كلامه واقتفى اثره في هذا الشرح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية اقول فيه نظر لان المصرح به في اوائل هذا الباب بان الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة وصرح به ايضا عامة العلماء في كتبهم فما معنى بناء قول ابي حنيفة في هذه المسألة على ان اصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهلا يقتضي هذا ان يكون الواجب الاصلي في جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة ابي حنيفة لان الحق تعلق بالرقبة ينبو عما ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول ابي حنيفة في هذه المسألة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة **فصل** لما فرغ من بيان احكام جناية العبد شرع في بيان احكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعل كذا في النهاية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا اقول فيه بحث لانه ان اريد ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز ان وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل بمدة طويلة مثلا يجوز ان يكون عمر المجني عليه سبعين سنة او اكثر وعمر الجاني عشرين سنة او اقل وان اريد ان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو ايضا ممنوع فان الفاعلية والمفعولية توجدان معا في ان واحد وان تعلق الفعل المتعدي بالمفعول يوقع عليه قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد **قوله** ولا يزاد وجه قوله انها دية مسلمة الى اهله او جبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية وجه الاستدلال ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطاء حرا كان او عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الادمية كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول لما كان الواجب فيمن قتل العبد ايضا خطاء هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الادمية كان ينبغي ان لا ينتقص

ديات العبيد في المقادير تساويهم في الادمية كما لا يتفاوت ديات الاحرار في المقدار لتساويهم في ذلك وان كان
بعضهم اشرف من بعض بوجوه شتى مع ان ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمهم كما هو المذهب
فتامل قوله ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار
الادنى عند تعذر الجمع بينهما قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الادمية حتى كان مكلفا بالامانة وفيه
معنى المالية حتى ورد عليه الملك بالاطلاق والادمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع
بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الادمية اصل القيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار الاعلى
او الاخر اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع
انتهى اقول ليس هذا بوارد فان اهدار احدهما انما يتصور فيما اذا وجد اتلافهما معا فاعتبر احدهما واهدار
الاخر بان يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعي دون اتلاف الاخر كما نحن فيه فان في قتل العبد اتلاف ادميته وماليته معا بخلاف
الغصب اذ ليس فيه اتلاف الادمية اصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطلة
فيه كما اشار اليه المص بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال فحيث لم يوجد بطل الا في
حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافها لم يتصور ان يترتب عليه حكم شرعي فمن اين يلزم اهدارها فتفكر قوله وفي قليل القيمة الواجب
بمقابلة الادمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رايا اقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم
الفروع ايضا ان الراي والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يكون التقدير بالقيمة هنا
بالراي من غير سمع وايضا ان العبيد لا يتفاوتون في نفس الادمية لا محالة ومع هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف
الشرع المتوجهة عليهم من حيث الادمية كالتكليف بالايمان والصلوة والصوم وغيرها من شرايع المعاملات والعقوبات
كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الادمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم قوله
وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها اقول لقائل ان يقول ذكر هذه المسئلة
مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع
فما وجه الاعادة هنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من داب المصنفين كما لا يخفى ويمكن ان يقال اصل
المسئلة ما ذكره هنا فانها المذكورة في الجامع الصغير والبداية والذي ذكره فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فرقا بين
مسئلة قتل العبد خطأ وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى الا قليل من عشرة آلاف فيهما اذا زادت
قيمته على دية الحر عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع
وجعل الدليل ههنا تينك المسئلتين في البيان في موضع واحد قوله وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه
من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار
الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا
فيما ضرب الامة الحامل فاعتق المولى الامة ثم القته حيا فمات الولد بان المعتبر حالة الضرب حتى يجب القيمة

لا الدية انتهى اقول ليس هذا بشيء اذ قد صرحوا في بيان تلك المسئلة بانا اعتبرنا حالة الضرب بالنظر الى
القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب واوجبنا قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف وقد تقرر ذلك في الكتاب وشروحه في فصل
في اواخر فصل الجنين فكان ذلك البعض غفل عن ما صرحوا به هناك ونسي بعضه فزعم ان المعتبر هناك حالة الضرب فقط
قوله وفيه الكلام قال صاحب النهاية اي الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال وهو محل بخطه الضير في فيه الى
تعذر الاستيفاء لكن ما آل ذلك الى ما قلنا انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام اي في وجوبه على وجه يستوفيه لا
كلام في اصل الوجوب لان الوجوب لفائدة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره انتهى وقال صاحب
الغاية قوله وفيه الكلام اي كلامنا في تحقق اشتباه من له حق القصاص يعني ان تعذر استيفاء القصاص بتحقق
اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء انتهى واختار صاحب العناية
من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى
ونقل ساير الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل اقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المص هنا واختاره
صاحب العناية ليس بشيء عندي لان المص بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول ربما اذا كان له
ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا الى ان يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى ومع
يكون هذا لغوا من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة واما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب
الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية ايضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هنا ما ذهب اليه
صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى جدا ويتعلق الكلام بما قربه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى قوله تنزل منزلة
اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه قال جمهور الشراح في تفسير ما يحتاط فيه اي القود لانه لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه
يحترز بهذا عن قال الاخر لكذا على العبد قرضا فقال المقر له بل هو ثمن مبيع فانه يقضي بالمال وان اختلف السبب لان
ذلك في الاموال والاموال مما يقع فيها البذل والاباحة فلا يبالي باختلاف السبب انتهى فقال صاحب العناية بعد نقل
عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالقود لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك انتهى اقول
هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات الا يرى الى ما صرحوا به في كتاب الشهادة من ان في شهادة
النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل
فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت او غيره ثم قال صاحب العناية والاولى ان يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج
فانه استشهد بعده بحل الوطي وهو مما يثبت بالشبهات انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلان المص استشهد
بعده بحل الوطي وانما استشهد بعدم حله كما ترى واما ثانيا فلان حل الوطي ليس مما يثبت بالشبهات قطعا
نعم لا يجب الحد بالوطي بشبهة الملك او بشبهة المحل لكن لا يحل الوطي بشيء من ذلك كما عرف في كتاب الحدود فان
دفع الخلل الاول بتقدير المضاف بان يكون الاصل بعدم حل الوطي يبقى الخلل الثاني بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء
قال في نقل عبارة العناية وهو مما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لعل ما نحن فيه اقول

نسخ العناية التي رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يندفع الاشكال عن كلام صاحب العناية ههنا لانه لما فسر
ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم ان يحترز به عن الاموال بالضرورة لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة
العناية فانه استشهد بعدم بجعل الولي وهو ما يثبت بالشبهات كان لفظة ما نافية لزم ان يرد عليه مثل النظر الذي
اورده على سائر الشروح بان يقال الاموال ايضا لا تثبت بالشبهات على زعمك فصادقة كما استشهد به مما مضى الاحتراز
عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء او الفروج فيلزم ان يكون ما عداه ايضا مشتركا في الاول تأمل تفهم **قوله** ولان الاعتاق
قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص هذا دليل آخر لمحمد رح وذلك لان
الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص الا يرى ان من جرح عبدا انسانا ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد
من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان وان كان خطاء فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد
لهذا الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لانفصال بينهما وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
كانه تلف بآفة سماوية كذا في العناية وكثير من الشروح وقال في العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى لكونه
جرحا بلا سراية اجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهي القتل لانه اذا سرى تبين ان الجناية قتل لا قطع انتهى اقول
فيه بحث وهو انه ان اراد بقوله في السؤال ينبغي ان يجب ارش اليد للمولى انه ينبغي ان يجب ذلك في مسئلة الكتاب كما هو الظاهر
من قوله ارش اليد دون ان يقول ارش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور اصلا اذ يجب ارش اليد للمولى عند محمد في مسئلة الكتاب
على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد بانه ينبغي على مقتضاه ان يجب ارش اليد للمولى وان اراد به انه ينبغي ان
يجب ذلك في المسئلة التي ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهي ان جرح عبد انسانا ثم اعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك
الجراحة فالسؤال المذكور وارد ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فانه يجري فيها ايضا مع انه
يجب فيها ارش اليد عند محمد كما تحققته فتدبر **قوله** وذلك في الخطاء دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فيعتبر حالة
حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فجاء الاشتباه اقول في هذا المقام نوع
من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى لانه وارثه فكان
الحق في المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى ان الحق كله للمولى في صورة العمد وعلى اعتبار ان يكون الحق
للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف سبب الحق ابتداء
كاف في تحقق الاشتباه المقتضي لقطع الاعتاق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والحال غير مفيد في دفع ذلك
يتجه الاشكال في صورة العمد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد
مبقى على اصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على اصل ابي حنيفة ان حق استيفاء
القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير ان ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت
والميت ليس من اهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من اهل الملك في الاموال
كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته على ما تقرر كله في اوائل باب الشهادة في القتل من كتاب الجنايات فيلزم

اشتباه من له الحق ابتداء في صورة العمد ايضا على اصل ابي حنيفة فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطاء والعمد بالوجه المذكور في الكتاب على
اصله فلا يتم التقريب على قولهم في مسئلتنا فليتأمل في الدفع **قوله** وبعد التنجيز في محل البيان فاعتبرناه في حقهما اقول
لقائل ان يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة ان يقال فاعتبرناه في حق من وقع العتق عليه وهو احدهما المتعين
بالبيان فتأمل في التوجيه **قوله** ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها
في حق الذات قصرا عليه قال جمهور الشراح في حل هذا الكلام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة
في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصرا عليه لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصرا عليه ساقط
بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعا هذا زبدة جملة
ما قالوا اقول فعلى هذا المعنى يكون كلام المص ههنا منافيا لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا
الفصل من قبل ابي ح ومحمد حيث قال ولان فيما في العبد معنى الادمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية
اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما انتهى فان مدلوله ان هناك ان المالية التي هي
ادنى من الادمية مهدرة في حق ذات العبد لتعذر الجمع بينها وبين الادمية وانما المعتبرة فيه هي الادمية عند
ابي حنيفة ومحمد ومدلول كلامه هنا على المعنى المذكور ان المالية معتبرة في حق ذات العبد واطرافه جميعا
عندهما ايضا فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال في تقرير المعنى المذكور
ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات اي جميع البدن وهي مقتصرا عليها ساقط بالاجماع فان الشرع
لم يوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه
فسر الذات بجميع البدن وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقال
في النهاية تنجيك ببدنك قالوا بجسد لا روح فيه انتهى وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس و
لا تلافيها الا بازالة الروح واما ثانيا فلانه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد اوجب
كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت
ذلك لا يدل على اعتبار المالية في حق الاطراف لجواز ان يكون ايجابه اياه للادمية كما في الحر ثم ان صاحب
تاج الشريعة من الشراح قال في حل كلام المص هنا يعني ان اعتبار المالية في الاطراف لا في الذات لانها تملك
سائر الاموال وهذا لا يتحملها العاقلة وفسر الذات في قول المص المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال
اي في العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه يعني ان سقوط اعتبار المالية مقتصر
في النفس لا في الاطراف ووجوب الضمان بدل الادمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة الاف
بل ينقص عشرة فيكون المالية في العبد باعتبار الاطراف انتهى اقول هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المص
في تعليل المسئلة المارة في صدر الفصل من قبل ابي ح ومحمد وان كان في استفادته من عبارة ههنا تمحل كثير
كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هنا كما من قبل ابي يوسف وكلامه هنا مسوق لاقامة الحجة على الشافعي

وهي معتبرة في حق الاطراف لان
اعتبارها في حق الذات منع

من قبل انتقاضا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلابد ان يطابق الاصلين جميعا فقد فات ذلك وبالجملة ان كلام المص هنا
ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث ترك اسلوب تقرير المص هنا وسلك
مسلكا اخر في التقرير والبيان مع كونه عادته ان يقتضي اثر المص في وضع المسائل وتقرير الدلائل **قوله** ولان المالية
وان كانت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا اقول الظاهر من هذا البيان ان المالية
والادمية معتبرتان معا في ذات العبد اي نفسه واطرافه ايضا عند ابي حنيفة وقد مر من المص في اوائل الفصل ان المعتبر
في ذات العبد عند ابي ح ومحمد هي الادمية دون المالية فانها مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجناية ولهذا لو زادت
قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الا ان يحمل قوله هنا
ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض
فالمعنى ان المالية وان فرضت معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد

فصل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو اكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو
العبد ثم ذكر فصل من هو احط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وام الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء
فيه ان الملك كامل في المدبر وام الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس انتهى اقول في الجواب
عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وام الولد بالنسبة الى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة بخلاف المكاتب
فان مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله لا ينافي اكملية الملك في العبد فان مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات
عامة التصرفات فيه بخلاف المدبر وام الولد فان مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة واشباههما لانهما
لا يحتملان ذلك عندنا على ما عرف ايضا في محله ولا يخفى ان اكملية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وام الولد
في الذكر في باب جناية المملوكية والجناية عليه وقد افصح عنه عبارة الشراح حيث قالوا قدم من هو اكمل في استحقاق
اسم المملوكية وهو العبد **قوله** عملا بالشبهين قال جمهور الشراح يعني لما عملنا بشبه التاخر في ضمان الجناية
حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب ان نعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع انتهى
اقول فيه نظر اذ للخصم ان يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة في حق تشريك ولي الجناية الثانية لولي الجناية
الاولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجناية الاولى خاصة لتقدمه في استحقاق المدفوع على ولي
الجناية الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى حكما عملنا بشبه المقارنة فشرك ولي
الثانية لولي الاولى كما دل عليه قول المص لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الاولى
فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج الى العمل بشبهها مرة اخرى
بتضمين نصف المدفوع للولي وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين
اذا وقع بغير قضاء لانه ابطل ما تعلق به حق الثاني ولم تجعل كالمقارنة اذا وقع بقضاء لانه مجبور على الدفع
عملا بشبهي المقارنة والتاخر انتهى وقد نقل صاحب العناية بتيل بعد ان ذكر المعنى الاول ولم يتعرض له شيء

فيه نظر

فيه نظر لان العمل بالشبهين امر واجب مهما امكن على ما عرف في موضعه فلما امكن العمل بهما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي
ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما الى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله
ذلك القائل وانما كان يصح ذلك لو لم يتيسر العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفا على مجموع الصورتين وليس
فليس ثم انه يرد عليه ايضا انه يقال يتحقق العمل بالشبهين بان تجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولي الثانية
لولي الاولى وان تجعل متاخرة عنها من حيث ان يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال في النهاية لما ذكر حكم المدبر في الجناية
ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به انتهى وما قفى اثره صاحب العناية اقول فيه قصور لانه
اما اولا فلان مجرد ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضايعا على هذا التوجيه واما ثانيا فلان ما ذكر في هذا الكتاب
ما يرد على المدبر ويرد منه قبيل الجناية عليه والجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر
في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه واما ثالثا فلان الصبي ليس بملحق بالمدبر في حكم المذكور في هذا
الباب كما لا يخفى على الناظر المتامل في المسائل الاتية في هذا الباب نعم يجوز ان يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه
محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب وفي الباب السابق فلا يتم التوجيه
في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما
وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما انتهى اقول وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على
تقرير صاحب النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران منها واردين عليه ايضا كما ترى وقال في غاية البيان
لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان
حكم غصب الصبي انتهى وتبعه العيني اقول هذا اشبه الوجوه المذكورة وان امكن التقرير باحسن منه تدبر **قوله**
والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتبرا الحي واعترض الامام قاضي خان
في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه اخر حيث قال بعد نقل ذلك الا
ان هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية انما تنقطع
باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك اذا ملك البدل على الغاصب واما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع ولكنا
انا نرجح بالبراءة لا لانه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب لان الشيء انما يرتفع
بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة
لان بعد التسليم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال
السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما اذا جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلامه قاضي خان
وقد نقل جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء واما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضي خان اورد على ما اختاره من
التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت

على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجيب الرفع لكونه عدما نا لا يصلح معارضا ولا مرجحا انتهى قول

نظر ساقط اذ لا وجه تمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشيء حكما ان يترتب على تلك اليد حكم

من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع واما سند منعه فليس بتام ايضا اذ

يجوز ان يثبت على الشيء الواحد يدان حكميتان بكمالهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى

على المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذي صدر منه في يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت

يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان **قوله** وقال محمد يرجع بنصف قيمته ويسلم له لان الذي يرجع به على الغاصب

عوض ما سلم لولي الجناية فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد قال تاج الشريعة جوابا عنه

من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوضا عما اخذه ولي الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد

بل هو عوض عما اخذه ولي الجناية الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد انتهى **اقول** فيه نظر لان الذي

يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح ان يكون عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية والجناية الثانية في مسئلتنا

هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فانى يصح ان ياخذ المولى من الغاصب عوضا عما اخذه ولي الجناية التي

صدرت من مدبره حال كونه في يده والعهدة في مثل ذلك على ذي اليد دون غيره كما لا ريب

فيه وعن هذا فرق محمد بين هذه المسئلة وبين المسئلة الاتية التي هي عكس

هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما ستطلع عليه وقال

صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه

الى ولي الجناية الاولى عوضا عما اخذه ولي الجناية الثانية دون

الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد انتهى

اقول هذا قريب ما ذكره تاج الشريعة الان في تقرير ما يخلص

التخلص عما اوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعاوض

في جانب الدفع الى ولي الجناية الاولى لا في جانب الرجوع

على الغاصب تامل تفهم ثم ان الاظهر في الجواب عما قال محمد

من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب

العناية الى الامام قاضي خان حيث قال وجوابه ما قال

فخر الدين قاضي خان ان ما اخذه المولى من الغاصب هو

بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من العبد فيما بين

المولى والغاصب واما في حق ولي الجناية الاولى لا يعتبر

بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن عين

العبد م

وحق

في حق انسان ويكون بدلا عن شيء اخر في حق غيره كما النصراني

اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون المأخوذ بدل الخمر

في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا انتهى **قوله**

ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه

لا يزاحمه احد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني الى اخره قال

في العناية واعترض بان الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف

يكون حق الاول في جميع القيمة والجواب ان المقارنة

جعلت حكما في حق التضمين لا غير والاولى متقدمة

حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وامكن

توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع انتهى **اقول** في الجواب

بحث لانا لا نسلم ان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين

لا غير بل جعلت حكما ايضا في حق مشاركة ولي الجناية

الثانية لولي الجناية الاولى كما ارشد اليه قوله

في الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه

ولهذا ولي الجناية الثانية ايضا كان ولي الجناية الثانية

مزاحما لولي الجناية الاولى في استحقاقه جميع القيمة

فكيف ياخذ ولي الاولى وحده كل القيمة مع مزاحمة

ولي الثانية له في استحقاقه اياه فان كان الاعتبار لتقدم الاولى

حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي ان لا يستحق ولي الثانية شيئا

من قيمة المدبر وليس الامر كذلك بالاجماع فليتامل في الجواب الشافي **قوله**

ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول

اقول لقائل ان يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق دائما بنصف القيمة

لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لانه لا حق له الا في النصف ينبغي ان لا يكون القيمة التي وجبت

على المولى بين وليي الجنايتين بنصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغي ان تكون بينهما اثلاثا ثلثاه

لولي الجناية الاولى وثلثه لولي الجناية الثانية لان حق ولي الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به

المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير ان يتعلق حق ولي الجناية الثانية بنصف

القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغي ان يتضاربا في القيمة بقدر حقيهما

بيانه ان قد عرف في الفصل السابق ان جنايات المدبر اذا توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع من المولى
الا في رقبة واحدة واولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولي الجناية
الثانية يتعلق ايضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون
حقه الباقي له نصفها فكان هذا هو المراد بقول المص لا حق له الا في النصف
ينبغي ان يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب ثانيا الى ولي الجناية الثانية
لان حقه كان في كل القيمة كولي الجناية الاولى الا انه سقط
نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه
بتمامه كان ينبغي ان يعود حق ولي الجناية الجناية في النصف
الساقط بالتزاحم اليه لحق ولي الجناية الاولى ثم اقول يمكن
ان يجاب بان يختار الشق الثاني ويقال في الفرق بين
وليي الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص
نصفها بتزاحم الثاني من بعد ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثاني
ايضا يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها بالكلية بتزاحم الاول وذلك
لانه لا حق لغير الاول عند وجود الجناية الاولى فانعقدت سببا موجبا لاستحقاق
كل القيمة وانتقاص حقه انما كان بعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية
فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم تنعقد سببا موجبا لاستحقاق الزايد على النصف فسقط
ما وراء النصف والساقط متلاش لا يعود كما تقرر عندهم وتقرر في مواضع شتى من الكتاب
هذا غاية ما تيسر من الكلام في توجيه المقام **قوله** واما في هذه المسئلة يمكن ان
يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا قال صاحب
العناية فيه نظر فان الجناية وان حصلت في يد الغاصب لكن اخذ المولى منه
حقها اول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب
ثانيا في مقابلتها اخذ انتهى اقول هذا النظر ناش من غلط في
استخراج مراد المص فان الشارح المذكور زعم ان مراد المص بما يجعل عوضا
عن الجناية الثانية في قوله يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي
يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المص بذلك هو الذي
يرجع المولى على الغاصب اول مرة وهو النصف الذي كان حق ولي الجناية الثانية ودفع به المولى على الغاصب اول مرة
في ضمن رجوعه عليه بالكل فهذا اتجاه ما صار لما قاله وماذا بعد الحق الا الضلال

باب القسامة

باب القسامة لما كان امر القتيل يؤول الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديات
ثم ان القسامة في اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا في عامة الشروح نقلا عن المغرب وقال في معراج الدراية القسامة لغة مصدر
اقسم قسامة او اسم وضع موضع الاقسام انتهى اقول الا يرى وجه صحة كون القسامة مصدر اقسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم
الادب واما في الشريعة فهي ايمان يقسم بها اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلا كذا في الغاية
اقول فيه قصور لانه يخرج منه ما اذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر او قرية قريب منه بحيث يسمع
الصوت منه مع انه يجب في هذه الصورة ايضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجيء في الكتاب ولا يقال انه بنى الكلام على ما هو الاكثر
وقوعا لان المقام مقام تعريف لفظ القسامة في الشريعة فلا بد من ان يكون جامعا ومانعا كما لا يخفى فالاولى ان يزاد عليه قيد
ويقال هي في الشريعة ايمان يقسم بها اهل محلة او دار او موضع خارج من مصر او قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا
وجد في شيء منها قتيل به اثر لا يعلم من قتله يقول كل منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا وقال في النهاية واما تفسيرها شرعا
فما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله قال في القتيل يوجد في المحلة او في دار رجل في المصر ان كان به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق
ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من اهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا انتهى اقول فيه سماجة لا يخفى فان
ما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة على ما ذكر في النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة شرعا فان التفسير من قبيل التصورات
وذكر فيها التصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن ان يوخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة
شرعا في اول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال في النهاية لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد ان يكون
في الميت الموجود اثر القتل واما لو وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية ومن شرطها ايضا تكميل اليمين بالخمسين انتهى فيه على
البيان ايضا كذلك اقول فيه كلام اما اولا فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها ايضا ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة
فيه ولكن يجب القصاص والدية كما تقدم ومنها ان يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم
فيها ومنها الدعوى من اولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في ساير الدعاوى ومنها الانكار من المدعى
عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعي وحق الانسان يوفى عند طلبه كما في ساير
الايمان ومنها ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد او في يد احد فان لم يكن ملكا لاحد ولا في يد احد اصلا فلا قسامة
فيه ولا دية ومنها ان لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن او مدبر او ام ولد او
مكاتب او ماذون وجد قتيلا في دار مولاه نص في البدايع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل
فما وجه ذكر بعض الشروط وترك اكثرها واما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه
الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه في البدايع وقال ذكر القاضي في شرح مختصر الطحاوي فما معنى جعل كون المقسم حرا
من شروطها اللهم الا ان يقال المكاتب حر يدا وان لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به في الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجملة
فلا اشتراط الحرية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود اثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى قوله
فيتجه من الاختلال زائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو انه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة في المقسم مع كونها شرطا ايضا

ثم اقول ــ في امكان توجيه ذلك احتمالان احدهما انه اكتفى في افادة ذلك الشرط ايضا بتذكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وبتذكير
الضمير في قوله وعقل وحرية وان كان تغليب المذكر على المؤنث شايعا في احكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط الذكورة
بناء على وجوب القسامة على المراة في مسئلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما وهي ما سيجيء في آخر هذا الباب من انه لو وجد قتيل في قرية
لامراة فعند ابي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا
فكانت المراة اهلا للقسامة في الجملة عندهما **قوله** وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا اقول ــ في تحرير المص
هنا قصور بل اختلال اما اولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث اي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي
سواء كان ذلك اللوث من قبيل علامة القتل على واحد بعينه كالدم ومن قبيل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه
لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله او ظاهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل
على واحد بعينه فحق العبارة ان يقال وان لم يكن هناك لوث واما ثانيا فلان ارادة الضمير المفرد في قوله فمذهبه بعد ان ذكر فيما قبل
مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وان قال واللوث عندهما الخ من قبيل الاخلال وحيث لا يفهم انه مرجع اي منهما وغير هذا حمله
بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى **قوله** ولنا قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على المدعى عليه اقول ــ لقائل ان يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه انما افاد قصر اليمين على المدعى
عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من ان المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله
والائمة من قريش وقد اشار اليه المص في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على ان لا يرد اليمين على المدعي عندنا بقوله
عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وقال فيه وجه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى لكنه لا يمنع
تحليف غير المدعى عليه من اهل المحلة فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع انه يستحلف خمسون رجلا من اهل المحلة وهذا المقصود
ايضا كما صرح به المص فيما سيجيء وجعل الحلاف في جواب الكتاب دليلا عليه وقال وهكذا الجواب في المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام
واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى هنا بالحديث المذكور فلا يتم التعليل به اللهم الا ان يقال يجوز ان
يثبت المدعى هنا بوجه آخر وهو انه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافي الشركة وقد اشار المص
اليه ايضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ــ ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين
على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى ان منافاة القسمة الشركة
انما تقتضي ان لا يحلف المدعي لا ان لا يحلف غير المدعي والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين
من اهل المحلة نعم يلزم ان ينتقض بهذه الصورة قول المص في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل
قوله وفائدة اليمين النكول فانهم اذا كانوا لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ ما يفيد يمين الطالح
اقول ــ لا فائدة ههنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول في هذه المسئلة حبس
الناكل حتى يحلف لا القضاء بالدعاء الولي كما سياتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهار القاتل بتحرز
عن اليمين الكاذبة لا في مجرد نكوله حتى يلزم المص ذكر المقدمة المزبورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في

لان اليمين

لان اليمين في مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سيجيء بيانه
في الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة هنا ولقد اصلح صاحب الكافي تقرير هذا المحل حيث قال ــ ولانه يختار المشايخ والصلحاء
منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة اكثر مما يتحرز الفسقة فان علموا القاتل فيهم اظهروه ولم يحلفوا انتهى بقي في هذا المقام
اشكال على كل حال وهو انه لو اخبر بعض من اهل المحلة بانه يعلم ان القاتل احد من اهل المحلة بعينه او احد من غير اهلها لا يقبل قوله
ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن انفسهم كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب تفصيله فالفائدة في استحلافهم على
العلم لما لم ارلحد من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدايع فانه قال فان قيل اية فائدة في الاستحلاف
على العلم وهم لو علموا القاتل فاخبروا به كان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين في دفع
الغرم عن انفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة للمتهم وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع
المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبعنا السنة من غير ان
يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين احدهما ان من الجائز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لانه
اقر المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه او افده وبسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا
وجاز ان يقر على عبد غيره فيصدقه مولاه فيؤمر بالدفع او الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف
على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل في الطواف فان النبي صلى الله
عليه وسلم كان يرمل في الطواف لاظهار الجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأ اظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال
ذلك اليوم وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني انه لا يمتنع ان يكون واحد منهم صبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه
بالقتل فلو اقر به لم يؤخذ بماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال ــ علمت له قاتلا وهو الصبي الذي علم بقتله
لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا الى هنا لفظ البدايع فليكن هذا على ذكر منك **قوله**
ولنا انه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل قال ــ بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجر القسامة
بينهم بالكلية وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما
ونقله الشراح هنا انتهى اقول ــ اشار رسول الله عليه السلام الى وجوب القسامة على اليهود بقوله يبرئكم اليهود
بايمانها وانما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب اولياء القتيل اياها حيث قالوا لا نرضى بايمان قوم كفار لا يبالون
ما حلفوا عليه وطالبة ولي القتيل بالقسامة شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر آنفا ان ذكرنا شرائط
القسامة على التفصيل نقلا عن البدايع وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده او من ابل
الصدقة على سبيل الحمالة عنهم بناء ان اهل الذمة من اهل البر اليهم وقد افصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية
هنا حيث قالا بعد نقل الحديث ثم قيل انما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه يجوز الحمالة عن اهل الذمة فان
قضاء دين الغير بر له واهل الذمة من اهل البر اليهم حتى جاز صرف الكفارات اليهم ولا يجوز صرف مال الزكوة
الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه لو روي حديث

عبدالله بن سهل بن ابي حثمة كما وقع في الصحيحين واما على ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الاثار للطحاوي
فقد اعلى الزهري واخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم
ابن ابي شيبة رواه ايضا في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فايجاب النبي صلى الله عليه وسلم
القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكر المصنف الاثر قبل حيث قال وروى ابن المسيب ان النبي عليه السلام
بدا باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم وفصل الشراح تخريجه قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب ان
القسامة كانت من احكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار وجد في جب اليهود بخيبر وفي ذكر الحديث الى ان
قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا امر ايجاب القسامة والدية معا على اليهود ظاهر على ما روى
ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت
في بني اسرائيل فانزل الله تعالى على موسى عليه السلام امرا فان كنت نبيا فاسال الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى اراني ان اختار منكم
خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اي بالوحي كذا ذكر الحديث
في الكافي والبدائع وغيرهما وظهر ان منشأ البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام خبرا **قوله** وكذا اليمين تربى عما وجب له
القصاص والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا
حصلت البراءة عن القصاص اقول الظاهر ان المراد بالجواب بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا
للمدعى عليه لكن يرد عليه ان هذا انما يتم فيما اذا ادعى ولي القتيل القتل العمد فان الموجب هو القصاص على تقدير ان يقروا بذلك فاذا حلفوا
حصلت البراءة عنه واما فيما اذا ادعى القتل الخطأ فلا يتم ذلك لان الموجب هو الدية على تقدير ان يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة
عنها بل يجب الدية عليهم ايضا عندنا ويمكن ان يقال ولي القتيل وان ادعى القتل الخطأ يحلف اهل المحلة بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
باطلاق القتل عن قيد العمد والخطأ فيجوز ان يقع القتل منهم عمدا ولم يعلم الولي بل ظن انهم قتلوا قريبه خطأ فلو اقروا في مثل ذلك
بالقتل العمد تحرزا عن اليمين الكاذبة بناء على اطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت
اذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف هل له نظير في الشرع قلت لا غرو في مثل ذلك وله
نظير في الشرع الا يرى انه لو ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا او خطأ استحلف خمسون منهم بالله ما قتلنا
ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجيء في الكتاب فتامل فان حمل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر اليه
في تصحيح كلام المصنف هنا وان كان يرى تعسفا في بادي الراي **قوله** ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا اه هنا بحث وهو ان ذكر
بدل لا باباتهم لانه الآن بصدد بيان موجب ابائهم واما موجب نكولهم فانما ياتي بيانه بعد قوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى
يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر ان قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا الخ
جواب عن قول الشافعي لا معنى لما كان في سائر الدعاوى يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوى فالدافع له ان يقال الدية انما
تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا باباتهم فلم تكن اليمين ملزما هنا كما في سائر الدعاوى فقوله لا بنكولهم حشو محض في ذلك وانما اللازم ان يقال
بدله لا باباتهم كما لا يخفى **قوله** ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل عمدا اما اذا ادعى

خطأ فنكل اهل المحلة فانه يقضى بالدية على عاقلتهم ولا يحبسون ليحلفوا انتهى واما سائر الشراح فلم يقيد احد منهم هنا بمثل ما قيد
تاج الشريعة الا ان صاحب النهاية والغاية قالا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان ابوا
لو ادعى الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى ان ما ظاهر ذكراه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا اقول
لا يذهب عليك ان الظاهر من اطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي ذكرنا
اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او الخطأ ان يكون الحبس الى ان يحلف الى
موجب النكول في كل واحد من صورتي دعوى العمد ودعوى الخطأ وعن هذا ترى اصحاب المتون قاطبة اطلقوا جواب هذه المسألة وكذا اطلق
الامام قاضي خان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر ثقات الائمة في تصانيفهم وكان
صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلث سنين عندنا وعند
الشافعي اذا حلفوا ابرئوا واما اذا ابوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا او يقروا انتهى فانه لم يفرق في بيان حكمها ايضا على الاطلاق كما
ترى ثم **اقول** التحقيق هنا هو ان في جواب هذه المسألة روايتين احديهما انهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الاطلاق وهي
ظاهر الرواية عن ائمتنا الثلثة والاخرى انهم ان نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهي
رواية الحسن بن زياد عن ابي يوسف وقد افصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا
فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن ابي يوسف انه قال لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم
في ثلث سنين وقال ابن ابي مالك هذا قوله الاخر وكان ما ذكر في ظاهر الرواية قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف الاول الى هنا
لفظ المحيط ثم **اقول** بقي هنا اشكال وهو انه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى انه من ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل
عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر عند ابي حنيفة وقالا ابو يوسف ومحمد لزمه الارش
في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى اطلاق ذلك ان يكون موجب النكول في القسامة ايضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند ابي يوسف
ومحمد وان ادعى ولي القتيل القصاص مع ان المذكور في عامة الكتب ان يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس الى الحلف بلا خلاف فيه
من ابي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر ايضا في المحيط والذخيرة انه روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف انه يقضى بالدية
في القسامة ايضا عند النكول لكن يبقى اشكال المنافاة بين ما ذكر في المقامين على قول ابي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا فتامل
في الدفع **قوله** وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا
بالقياس **اقول** فيه بحث لانا ان اردنا باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندنا
ان النص الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد ان تكون مخصوصة
بموردها وموردها اذا وجد القتيل في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان اردنا باطلاقها اطلاقها
بحسب المورد فهو ممنوع اذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما ادعى الولي القتل على بعض من اهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من
تتبع النصوص الواردة في هذا الباب **قوله** ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها **اقول** يشكل الاطلاق هنا
بقول ابي حنيفة ومحمد في مسألة ستجيء في اخر هذا الباب وهي انه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها

الايمان والدية على عاقلتها واما عند ابي يوسف فالقسامة ايضا على العاقلة انتهى كما سيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا الجواب وما فيه من الكلام
قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به
فلا تجري فيه القسامة يعني ان وجوب القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل
البدن واكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلا حقيقة فالحق اكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا
لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم يجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان اقول في هذا التعليل شيء وهو انه قد ذكر في وضع
المسألة انه لو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما
يفيد وجوب القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الراس
فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا اكثره فلم يكن مما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب اللهم الا ان يقال النصف
الذي كان معه الراس يصير في حكم اكثر البدن بناء على شرف الراس وكونه اصلا كما صرح به فيما قبل فيصدق عليه الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي في ملك اسم
الاكثر حقيقة او حكما فيتم التقريب بهذا التأويل ثم بقي شيء آخر وهو ان قول المصنف بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا يجري فيه القسامة
قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل انه لو وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله
او راسه فلا شيء عليهم ولا يخفى ان قوله بخلاف الاقل الى آخره لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى ان يقال بخلاف
الاقل والنصف الذي ليس معه الراس الى آخره وكان صاحب الغاية ذاق هذه البشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الاقل الى آخره
وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس فلم يجب فيه القسامة والدية انتهى واورد بعض الفضلاء على قول المصنف الا ان
للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى اقول ليس ذاك بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس
بل هو الحاق بدلالة النص كما يرشد اليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لا يجري في هذا الباب هو القياس
لا دلالة النص كما لا يخفى قوله ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان يعني لو وجبت
بالاقل لوجبت بالاكثر ايضا اذا وجد فيلزم ان يتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم يشرع مكررين في قتل
قال في غاية البيان كان ينبغي ان يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية لانه لا يكون اكثر من القسامتين والديتين وليس
كذلك وقصد صاحب العناية توجيه جانب المصنف حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز ان يكون مراده القسامتان والديتان في
القطعتين تتكرر ان في خمسين نفسا انتهى اقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع ايمان يقسم بها خمسون من اهل المحلة
وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم نفس فكيف يتصور ان تتحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين
والديتين في القطعتين بتكررهما في خمسين نفسا وانما الموجود في آحاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسهما والكلام في اسناد التكرر
الى نفس القسامتين والديتين فلا مساغ لذلك التوجيه قوله والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة
لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب اقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف القتيل مشقوقا بالطول يصدق
عليه انه بحال لو وجد لا تجري فيه القسامة اذ قد صرح فيما قبل بانه لو وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا شيء عليهم مع انه لا تجب القسامة
في الموجود الاول ايضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه

بحاله

تجب كما لا يخفى قوله ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة اقول في تحرير هذه المسألة
بهذا الاداء نوع من وجوه الاول ان الجنين على ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد ما دام في البطن فكيف يتصور ان يوجد فيهم جنين
وهو في بطن امه واما وجوده مع امه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هناك للام دون الجنين والثاني ان ذكر الجنين يغني عن ذكر
السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي يسقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به
اثر الضرب غير كاف في جواب المسألة اذ لا بد فيه من ان لا يكون به اثر الجراحة والخنق ايضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار هنا على نفي اثر
الضرب تقصير والاظهر ان يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به اثر القتل فلا شيء عليهم تدبر قوله وان كان به اثر
الضرب وهو تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر ~~ان~~ عليهم لان الظاهر ان تام يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا اوجبنا
في عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم يعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها اجيب بانا لم نوجب في الاطراف قبل ان
يعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة
قصاص او دية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه وعضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب وجب فيه القسامة والدية
تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق ان ينفصل حيا واما
اذا وجد ميتا ولا اثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله لا يربو على حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا اثر به لا يجب فيه شيء
فكذا هذا كذا قال جمهور الشراح وقد رد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما
ترى مع تطويله لم يرد السؤال عنه بما تراه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها مسلكها
فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى انتهى اقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة
للاستحقاق في باب القسامة فانه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا
تجب الدية بالقتيل الموجود فيهم بناء على ظاهر وجود القتيل بين اظهرهم وقوله لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال
وما يسلك بها مسلكها فلان لا يكون فيما هو اعظم خطرا اولى ممنوع فان ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يسلك
بها مسلكها اهدار امر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك ان اهدار الحقير اهون واولى
من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب ان يقال الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي العاقلة عدم حياته
واما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه انتهى اقول
يرد عليه ان حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه
وسلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل ميتا بناء على ان الظاهر
ان تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فاين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية
ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين
قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط او بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فاختصم
اولياؤهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال اخوها اتدي من لا صاح

نعم يمكن ان يطلق لفظ الجنين على الولد المنفصل عن بطن امه مجازا باعتبار ما كان عليه وان لم يطلق عليه بحسب الوضع والاصل الا انه لا بد عند ارادة المعنى المجازي من قرينة صارفة عن ارادة المعنى الحقيقي منه

يوجب القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق

ولو استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوم افدوه الحديث
انتهى فكانه نسي ما قدمت يداه قوله وان وجد قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حضورا
وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتيل في دار فالدية على عاقلة
صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في احديهما تجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع ما يرى من التدافع
بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل كل على رواية وهذا على الرواية التي انتهى
اقول فيه بحث اما اولا فلانه نقل المص فيما قبل وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه ولو جاز ان يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب
العناية الآن قوله هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يتيسر ان يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب
الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المص هنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغايرا واما ثانيا فلان قول المص وتدخل العاقلة في القسامة
ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها هنا وبين المسئلة التي ذكرها
فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كانوا حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير
الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المص صراحة فكيف يصح ان يكون شرحا لمراده قوله لانه انما انزل
قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك اقول هذا التعليل على قول ابي يوسف مشكل
لانه ان اراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر يعني ان الولاية تستفاد بالملك لا بغيره ينتقض ذلك بما مر ان السكان يدخلون في القسامة والدية
مع الملاك عنده بناء على ان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب في اثبات مدعاه في هذه المسئلة
كما لا يخفى قوله ولان القدرة على الحفظ باليد دون الملك الا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد اقول
هذا التنوير غير واضح لانه ان اراد باليد اليد مطلقا اي سواء كانت يد اصالة او يد نيابة فليس بصحيح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع
ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد اصالة كما صرحوا به قاطبة فلا يكفي الاقتدار على الحفظ بيد النيابة ايضا لما مر فتعين ذلك وان اراد به
يد الاصالة فقط كما هو الظاهر في الخصم وهو صاحباه فلا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولانه لا يقتدر عليه بالملك
بدون تلك اليد بل نقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالملك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس بواضح
اصل المسئلة قوله ومن كان في بيت دار فوجد فيها قتيل لم يعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده قال صاحب العناية
ولا يختلج في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم ان الاعتبار عند ابي حنيفة لليد لان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون
بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى اقول لقائل ان يقول هب ان اليد المعتبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على اصل التعليل
الذي ذكره المص بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى يعقل العاقلة عنه وهذا يناقض ما مر من ان الاعتبار عند ابي حنيفة لليد دون الملك
كما في المسئلة المتقدمة آنفا فان الملك هناك للمشتري مع ان الدية على عاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله وقال
صاحب الغاية هناك ولا يلزم ابا حنيفة انه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل ان الدية تجب
على عاقلة البائع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية ما يوافقه حيث قال وجواب
الكرابيسي اعتبر ابو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى اقول

هذا التوجيه مشكل لان الملك في المسئلة المتقدمة كان للمشتري لا محالة وهو مما اتفق عليه التنازع بين ابي حنيفة وصاحبيه لكن
المسئلة اذ لو كان الملك ايضا للبائع لما صار محل الخلاف ولما قامت الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان الملك هناك للمشتري فكيف يتحقق
للبائع اذ ذاك يد الملك اذ ثبوت يد الملك لا يقتضي ثبوت نفس الملك ايضا والا فيلزم ان يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة ملكان ملك
البائع وملك المشتري وهو محال وان اريد بيد الملك غير معناه الظاهر اي اليد التي كان لصاحبها ملك في الاصل وان زال ذلك الملك
في حال البيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الامر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق ان يعد ذلك اصلا لامامنا الاعظم فعليك
بالتأمل الصادق قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقط لما بيناه من قبل قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا
اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة انتهى واقتفى اثره العيني اقول الظاهر انه اراد به قوله بخلاف ما اذا ادعى على
واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناها بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المص هنا
دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن وجه الفرق هو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه
واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم اقول لقائل ان يقول ان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم بدون
ان تعيين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم ان تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل واحدا كان
منهم بدون ان تعيين خصوصه وتعيينه واحدا منهم يلزم ان يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب ان تعيين خصوص القاتل
ينافي عدم تعيينه وان اريد ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم بتعيين خصوصه فهو ممنوع لا يخفى وان اريد ان
وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم سواء تعين خصوصه او لم يتعين فهو ايضا ممنوع اذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة
عن واحد منهم عند تعين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا الا يرى انه اذا اقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين اظهرهم
او ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره اصلا فان قيل يجوز ان يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعيين خصوص القاتل منهم
كونهم قتلة ايضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم اخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المص فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان
القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فتركوا النصرة و
اما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما اذا اقر واحد منهم
بعينه بالقتل او ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه ايضا فتامل في التوجيه وذكر
في الشروح نقلا عن المبسوط انه روى ابن المبارك عن ابي حنيفة رحمه الله انه يسقط القسامة والدية عن اهل المحلة لان
دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم
الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية اظهر عندي
دراية والله تعالى اعلم بالصواب قوله ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا
ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه اقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من
اهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه
دون غيره لزم ان يسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعل لا تجد

بدون النقض قال العيني ما علم ان قوله يجب الفرق الى قوله فان قيل واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ
ولهذا لم يشرحه اكثر الشراح انتهى قلت وعند هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا في الموضعين قوله واذا التقى
قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم اي وجد بين اظهرهم يعني بينهم
بيان معجمين كما في قوله عليه الصلوة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى اي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر
القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال اقام بين اظهرهم اي بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر ان قاتله
غير اهل المحلة وانه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في
محلتهم كذا في النهاية والعناية اقول يرد على هذا الجواب ان يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وجوده قتيلا
في محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على اهل المحلة ولا تجعلون ذاك الظاهر وهو كون قاتله خصماءه من غير اهل
المحلة دافعا للقسامة والدية عن اهل المحلة مع ان الاصل الشائع ان يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق
فالاظهر في الجواب ان يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتيل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية
على اهل المحلة لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص في مثل هذا اقرب قوله
وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا
قال في العناية قوله لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا يحتاج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا
عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين
في مكان في دار الاسلام ولا يدري ان القاتل من ايهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في انهم لا
يتركون الكافر في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين واما في المسلمين من الطرفين فليس جهة الحمل على الصلاح حيث
كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتيل مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل
اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص اولى عند الاحتمال من العمل بالمحتمل لكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء
في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق
وذلك غير جائز فيجب على اهل المحلة للنص انتهى اقول ليس هذا الفرق بتام فضلا عن كونه ظاهرا اذ لا نسلم ان
الظاهر لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز ان يكون حجة لدفع القسامة والدية عن اهل المحلة ولا يكون حجة
للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم ان يكون هدرا فلا بد في تمام الفرق بين المسئلتين من
المصير الى ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققته قوله ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته
على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة قال صاحب العناية اعلم ان المصنف قال فديته على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة ثم
قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول
ويدفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان تكون عاقلة الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة
الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا اشار

الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدح في قوله فالدية على عاقلته مضافا الى على عاقلة ورثته
الى هنا كلامه اقول ما ذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدح في قوله فالدية
على عاقلته مضافا اي على عاقلة ورثته فان حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند ابي حنيفة يعم الصورتين
كلتاهما صورة ان كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فما معنى تخصيص حكمها بالصورة
الاولى المجردة الاشارة الى امكانهما ثم ان تقدير المضاف وعدم تقديره متنافيان اذ لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يتعين
المضاف في قول المصنف الدية على عاقلته على التقدير الثاني ولم يتعين على التقدير الاول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدح
في قوله فالدية على عاقلته مضافا اي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع ان يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على
عاقلته اي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول الصورتين معا اما تناوله الصورة الثانية وهي ان كان
عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر واما تناوله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة
فلان عاقلته وعاقلتهم في التحقق فيصح نسبتهم الى الورثة كما يصح نسبتهم الى الميت بل يكون نسبتهم الى الورثة
اولى هنا لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل
كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته
على عاقلته لورثته اي على عاقلة ورثته لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لا له لانه ميت والميت
ليس من اهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث متحد وان كان
في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهو ان الدار مملوكة للورثة لا للميت ان تكون الدية على عاقلة الورثة
دون الاتحاد وعلى قياس طريقة ان تخرج لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب ان تكون الدية على عاقلة
القتيل كذا في المبسوط انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا اولى مما ذكره صاحب العناية لان في تقديرها
ايضا شيئا من الكدر فلا ترجع ما قررناه من قبل تأمل ترشد قوله ولان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا
لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم اعترض عليه بان الدية لما وجبت على عاقلة
الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان يعقلوا عنهم لهم واجيب بانها تجب للمقتول حتى يقضى منها ديونه وتنفذ
وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية
وعليه اكثر الشراح اقول يرد على ظاهر هذا الجواب انه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته
على عاقلة لورثته عند ابي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض ان يكون ديته له لا لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور في
وضع جواب المسئلة ان دية المقتول على عاقلة لورثته في ثاني الحال اي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد ان كانت له اولا
ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم اقول بقي هنا اشكال قوي وهو انه قد تقرر ان دعوى
ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم ان يكون دعواهم
على انفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه ايضا بتمحل فليتأمل واجاب صاحب الغاية عن اصل الا

بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة اعم من ان يكون ورثة او غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم
انتهى اقول ليس هذا بشيء اما اولا فلان الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر في اول الديات
وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب على العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو ان
فدية على عاقلته لورثته لان دية المقتول لمجموع ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم واما ثانيا فلان المحذور
المذكور في الاعتراض المزبور انما هو ان يكون في الدية عقلوا عنهم بهم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادي عليه قول المعترض فكيف يستقيم
ان يعقلوا عنهم لهم لا ان يكون من وجبت الدية عليهم بعضهم ومن وجبت لهم بعضا اخر فانه وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت
لهم هم الورثة فلا اتحاد على ان العاقلة اذا كانت اعم من ان تكون ورثة او غير ورثة كما صرح به ذلك المجيب يكون الورثة ايضا ممن وجبت
عليهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة مجالة
فلا يتم الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعاقل

اقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي ان يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيطابق المعنى كتاب
الديات وهذا مع كونه مؤديا الى التكرار ليس بتام في نفسه لان بيان اقسام الديات واحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات واما المقصود
بالبيان ههنا بيان من يجب عليهم الدية بتفاصيل انواعهم واحكامهم وهم العواقل فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال
في النهاية لما كان موجب القتل الخطاء وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة احكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى وقد اقتفى اثره
صاحب الغاية اقول ليس ذاك بسديد لان مدار ان يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة احكامها كما لا يخفى
فان محلها كتاب الديات وقد استوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات ههنا معرفة العواقل واحكامها وذكر الدية على سبيل
الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب ههنا بل كان ينبغي ان يذكر الباب او الفصل لكون المذكور ههنا اذ ذاك شعبة من الديات
العواقل فانها امر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب فكان ذلك الشارحين لما اعتبر بذكر المعاقل في عنوان هذا الكتاب
بدل العواقل كما عرفت آنفا والوجه السديد ههنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين احكام القتل الخطاء وتوابعه شرع
في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها انتهى قوله والدية في شبه العمد والخطاء وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة
قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره اقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قالوا لكان قوله وكل دية وجبت
بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطاء كلاما تاما مستقلا ايضا
فيلزم ان يكون قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء خبره فيصير المعنى والدية كائنة او واجبة في شبه العمد والخطاء
مع استلزامه ان يكون قوله والدية في شبه العمد والخطاء مستدركا لا طائل تحته ههنا اذ كون الدية واجبة في شبه العمد
والخطاء قد ذكر مفصلا في اول كتاب الجنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان
كون الدية في شبه العمد والخطاء على العاقلة اذ بهذه الحيثية يصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح ههنا ان قوله
والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطاء صفة الدية الكائنة او الواجبة في شبه العمد والخطاء وقوله وكل دية وجبت بنفس
القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطاء وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة مختصا

المعطوف

على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور اصلا ويحصل المعنى المقصود ههنا بلا ريب قوله ولان الاخذ من العطاء
للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة اقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز ان يكون العطاء الخارج في سنة
واحدة او في سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن اخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة او سنتين فلا
يفيد هذا التعليل المدعى وهو التقدير بثلث سنين وايضا يجوز ان لا يكون العطايا الخارجة في ثلث سنين بتمام الدية
لقلة آحاد العاقلة فلا يمكن ان يؤخذ اذ ذاك من العطايا الخارجة في اكثر من ثلث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى
من هذه الحيثية ايضا كما ترى نعم يفيد التاجيل مطلقا لكن المدعى ههنا هو التاجيل بثلث سنين لا التاجيل مطلقا
قوله فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول المقصود اقول فيه بحث وهو ان القياس
كان يابى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا ان الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد
بايجابه مؤجلا بثلث سنين فانه هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله عنه كما مر آنفا فينبغي ان يختص
التاجيل بثلث سنين اذ قد تقرر عندهم ان الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجيء نظيره ههنا في الكتاب في
تعليل ان ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا ليس بحال بل مؤجل بثلث سنين فتامل هل يكون نقد
قوله ولو خرج للقاتل ثلث سنين في سنة واحدة قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للعاقل
اي للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح العيني اقول كيف يكون ذاك هو الاصح وحينئذ ان
يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغوا محضا لان ما يخرج في العام القابل اي المقبل لا يكون الا في المستقبل
قطعا فاي معنى لتفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم الا ان يفرق بين خرج في العام القابل وبين خرج
للعام القابل ويدعي امكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بان خرج العطاء في الماضي للعام القابل اي لاجل
العام القابل بطريق تعجيل عطاء عطية العام الآتي ايضا للمصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الاولى ايضا
كلام وهو انه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك ان كل الدية انما تؤخذ من العطايا
التي خرجت للعاقلة اجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط اللهم الا انه يمكن ان يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل
اي لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف في طرق تعبير معهودة في ينتظم جواب المسئلة كما لا يخفى قوله
يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اقول اراهم
خرجوا ههنا عن سنن الصواب اذ الظاهر ان قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فلا مجال لكون قوله
المزبور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تاثير لكون الوجوب بالقضاء في ان يؤخذ كل الدية من العطايا
الخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل انما يكون قوله المزبور اشارة الى قوله لحصول المقصود فانه
يصلح ان يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه في المستقبل
لصح جعل ذلك اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ما وقع ذكره في البين استطرادا وبالتبع
وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو اصل المسئلة ومقصود بالذات ههنا خاليا عن الدليل بالكلية مما لا يقبل

الفطرة السليمة على انه لو كان مراد المصنف ذلك لما اخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه ان يذكره متصلا بقوله
معناه في المستقبل **قوله** وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين
قوله هذا تحرير يحتمل ان الظاهر ان خبر ما في قوله وما وجب على العاقلة انما هو قوله فهو في ماله اذ لو كان خبره في ثلث
سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معنى بل لم يظهر لضمير معنى قوله فهو في ماله الارتباط بما قبله وهذا كله مما لا يستر
على من له درية باساليب الكلام وبالقواعد الادبية فاذا كان خبره قوله فهو في ماله لم يصح معنى الكلام في المقام فان ما
وجب على العاقلة من الدية ليس في مال القاتل بلا ريب فالحق في تحرير المقام ان يقال وما وجب على العاقلة من الدية
او على القاتل في ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ثلث سنين **قوله** ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به فلا
نتعداه قال صاحب العناية في شرح قوله ان القياس يأباه لان القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعني لا تقتضيه لان
القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى اقول ليس هذا بشرح صحيح اما اولا فلانه لو كان معنى قول المصنف ان القياس
يأباه هو انه لا يقتضيه لما ثبت دليلنا المذكور هنا مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفا للقياس
لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس باقتضاء لعدمه والمخالفة انما تتحقق في الثاني دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا
للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال في الخطأ مؤجلا ان لا نتعدى غيره لان الذي لا نتعدى مورده انما هو ما يخالف
القياس كما تقرر في علم الاصول واما ثانيا فلانه ان اراد بقوله وهي اي حجج الشرع لا تتناقض انه يجب العمل بها لا تتناقض
نسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به لمعارضة النص الوارد بايجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم ايجاب
المال بمقابلة النفس وان اراد به ان حجج الشرع لا تتناقض مطلقا اي سواء كانت معمولا بها او لا فممنوع كيف وقد
وضعوا في كتب الاصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبينوا احكام ذلك على التفصيل والعجب
من الشارح المزبور انه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بل اصول وفروعا اصلا ثم قال ذكر الشارح فان قيل
هذا اليسر في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه لا موجبا للقتل ابتداء اقول ان قيد
الابتداء في قوله موجبا للقتل ابتداء ينافي ما مر منه في اول كتاب العاقل فانه لما قال في الكتاب هناك
وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء
قالوا احترز به عن دية تجب بالصلح او الابوة في القتل العمد فانها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى
ووجه المنافاة غير خاف على ذي مسكة **قوله** ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث
سنين اعتبارا للجزء بالكل اقول قد مر في كتاب الجنايات انه اذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم
وقالوا في بيانه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزى فجاز التماثل بين الواحد والجماعة
من حيث الجنسية ووجب القصاص على جميعهم فلقائل ان يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال
كما في العمد بناء على ان القتل لا يتجزى وقد جرى في كتاب الديات انه قد روي عن عمر رضي الله عنه قضى باربع ديات
في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل في الفرق **قوله** وانما يعتبر مدة ثلث

سنين من وقت القضاء لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته قال الشراح
في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل النص ومثل النفس النفس الا انه اذا دفع الى الغاية وتحقق العجز عن تحصيلها
النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بقضائه الى المال انتهى اقول فيه نظر لانهم ان
ارادوا ان ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ انما يكون بالمثل النص فهو ممنوع كيف وقد قال
الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الاية وهو نص صريح في كون جزاء القتل
خطأ تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله لا قتل القاتل بمقابلته وكذا زعمهم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم كان يقتضي بالاطلاق ان يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ ايضا بالمثل لكن حكم القتل خطأ مخصص منه
بنص اخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله والمخصص بنص ذلك كان وجوب
الدية في القتل خطأ منصوصا عليه من قبل ثبت الغرم ثابتا قبل القضاء بل قبل ان يخلق الخصم وان ارادوا ان ضمان
المتلفات ما عدا النفس انما يكون بالمثل النص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئا فيما نحن فيه كما لا يخفى **قوله** وقيل
لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة
والاباء والابناء لا يكثرون اقول فيه كلام وهو ان عدم كثرة الاباء مسلم واما عدم كثرة الابناء فكثرة الاخوة ممنوع كيف
ولنحوه ابناء ابيه فاذا جاز ان يكثر ابناء ابيه فلم لا يجوز ان يكثر ابناء نفسه فتأمل **قوله** وان كانت عاقلة الرجل
اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه
اذ كل منهما صلة من بيت المال قال صاحب الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء ان الرزق ما يفرض للانسان في بيت المال بقدر الحاجة
والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر او كل يوم والعطاء ما يفرض في كل سنة لا بالحاجة انتهى اقول تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم
مسئلة مرت فيما قبل وهي قوله ولو خرجت للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز ان يفرض
لرجل عطاء في كل ثلث من السنة فيخرج له في سنة واحدة ثلث عطايا فالظاهر من التفسير المزبور ان يكون العطاء ما يفرض كل
مرة واحدة ثم لا يلائمها التفسير بكل السنة في العطاء بخروجه في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق ان يحمل قول المص
والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة وكذا التفسير الذي ذكره صاحب الشريعة للعطاء على اهل الاكثر الاغلب في وقوعها ومثل هذا ليس
بغريب في المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية ان الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض
لكونهم اغنياء بالنصرة ثم قال وقال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم
يكونوا مقاتلة وفيه نظر لانه تعالى قال اذا كان لهم ارزاق واعطيات فرضت الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم فعلم بذلك
ان الرزق يفرض للمقاتلة ايضا انتهى اقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين
من المغرب احدهما موضع بيان الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج للجندي عند راس كل شهر
وقيل يوما بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم ما يعطى والجمع
اعطية واعطيات وقوله لا يجمع بين العطاء والرزق فرق ما بينهما ان العطاء ما يخرج للجندي من بيت المال في السنة مرة

أو مرتين والرزق ما يخرج لكل شهر ثم قال وفي شرح القدوري تجب على العاقلة الدية في أعطياتهم في ثلاث سنين فإن لم يكونوا أهل عطاء
وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في أرزاقهم وفصل الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة
انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الأول قطعا وكذا لا يرد على ما ذكره في الموضع الثاني ولا بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء
ما يخرج للجند في غنيمتنا المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج لكل شهر وإنما يرد على ما نقله عن شرح القدوري بقوله وفصل الفرق
بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمختص بصاحب المغرب فنسبة ذلك
القول إلى صاحب المغرب نفسه وإيراد النظر عليه ليس كما ينبغي والعجب هنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكروا في الفرق بين العطية
والرزق ذلك القول الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيئا يدفعه مع ظهوره في المسألة الآتية في الكتاب
بقوله وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق أي في كل القول عنا **قوله**
وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كأحدهم قال صاحب النهاية اعلم أن القاتل إنما يكون كأحد العواقل إذا كان نصيبه من الدية
إذا كان القاتل من أهل العطاء في الديوان وأما إذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا لأن الدية تؤخذ
من الأعطيات قال وهو كذا منصوص في المبسوط واقتفى أثره في تقييد هذه المسألة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب
الغاية أقول هنا إشكال عندي إذ قد مر في الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لأن نصرته بهم وهي المعتبرة في
التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضا من أهل العطاء في الديوان وقد مر أيضا أنهم قالوا
لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لأن الدية تؤخذ
من الأعطيات في تعليل قوله وأما إذا لم يكن من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية عندنا أيضا يلزم أن لا تجب الدية على العاقلة
أيضا فيما إذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم إمكان الأخذ من الأعطيات هناك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته
واللازم باطل لا محالة فإن وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطأ وشبه العمد مجمع عليه فإذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي
أن يجب على القاتل أيضا شيء منها وإن لم يكن من أهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لإخراجه
ومؤاخذة غيره فتدبر **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لا شيء عليهما قال صاحب النهاية إن قوله هنا لا يجب على المرأة
شيء من الدية وإن كانت هي القاتلة يخالف المسألة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما إذا وجد القتيل في دار امرأة حيث أدخلها
المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك وقيل وليس بصحيح لأن فرض المسألة
فيما إذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقديرا ثم بسبب وجوب القسامة لا يقال لما لم يجب على المرأة شيء من الدية وهي قاتلة حقيقة
فلأن لا يجب عليها شيء منها وهي قاتلة تقديرا أولى لأنا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم إما بالاستقلال
أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد لا يستلزم الدية
انتهى **أقول** فيه نظر لأن استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا إما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة
بالاستقراء ممنوع فإنه إذا وجد القتيل في قرية امرأة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجب عليها القسامة ولا يجب شيء من الدية
على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما وإن قال المتأخرون إن المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل

الدية

الدية في تلك المسألة إلا أن تعليلهم إياها بقولهم لأنا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة كما مر في الكتاب
قبيل كتاب المعاقل يأبى الفرق بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضي قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة
وإلا لا يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق في التوفيق بين
المسألتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فإنه قال في الكفاية هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيار
المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية وإنما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكر
هنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصح وهو أصل رواية محمد رحمه الله انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسألة تخالف
ما ذكر قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قتيل في دار امرأة أن العاقلة تشارك العاقلة عند المتأخرين إلا أنه يمكن أن يكون
هنا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فإن قلت قد مر قبل كتاب المعاقل
أن القتيل إذا وجد في قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلتها عند أبي حنيفة ومحمد وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك
العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت ثم أيضا لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وإنما استحسن المتأخرون في تلك
المسألة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فإن قلت هذا الجواب يبتني على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لأنه قال
قبل هذا ولا قسامة على صبي إلى أن قال ولا امرأة ولا عبد وقال هنا لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة
عليها يكرر الأيمان وفي ذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الأيمان فمعناه
لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما هنا فالقتيل وجد في قريتها فتجب
عليها لنفي تهمة القتل لأنها تحقق منها وتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلق بالنصرة فمن كان من أهلها
يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة وإذا وجبت على واحد تعلق بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا
فتدخل المرأة إلى هنا كلامه **أقول** فيه أيضا نظر أما أولا فلأن كون ذلك مذكورا في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة خمسين
كررت الأيمان ممنوع بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال إذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خمسين
من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لأنه لا صلاحيتهم للقسامة مطلقا أي سواء كانوا منضمين إلى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا
منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير متروكا
بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة إذ الغرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام إلى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم
عدم الصلاحية لها حال الانفراد إذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى وأما ثانيا
فلأن ما ذكره من أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلق بالنصرة وإذا وجبت على الواحد تعلق بتهمة القتل إن عنى به أنه
يباشر الفعل وهو القتل أو عدم حفظ عن الفعل فلأن كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل يتحقق في كل واحدة من
صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل أحدهما بالأول والأخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكم بحت
وإن عنى عدم حفظ النقل فلأنهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحدة من العلتين المذكورتين
كما لا يخفى على من راجع المعتبرات وقد مرت الإشارة إليه في مواضع من نقل الكتاب فتذكر **قوله** والكفارة فيه

... على الصبي والمجنون ولا امرأة ولا عبد ... منه

فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في اول باب جناية المملوك
ان اهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم ويجاب بان ذلك مبني على الغالب انتهى اقول يا نجو هذا الجواب يحمل المصنف هناك على ان
يعقلوا انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب ان يقال المراد هناك
نفي الوقوع اعلم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز اي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضره اختلاف مللهم
تبصر قوله ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي على
عاقلته من اهل البصرة اقول لقائل ان يقول قد مر في اوائل كتاب المعاقل ان العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل
في اداء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبة
من يخصوا به ولا ريب ان مقتضى ذلك ان يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من اهل الكوفة كما ذهب
اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كونه عاقلته اهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها منه انما كانت بانصاره
الذين هم اهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ انما وقع منهم اذ لا شك ان عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم
لا على اهل البصرة فكان ينبغي ان يقضي بالدية عليهم لا على اهل البصرة ويمكن الجواب عنه بان ما ذكر هناك حكمة ان خصت
العاقلة بالضم الى القاتل في تحمل الدية لا علته وقد تقرر عندهم ان الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في الاستبراء
في البكر فلا يقدح عدم تمشيتها ذكر هناك في مسئلتنا هذه فان ملاك الامر في تمام جواب المسئلة هو الدليل الذي ذكره
المصنف بقوله ولنا ان المال انما يجب عند القضاء الى اخره ولا محالة انه يقضي بالدية على اهل البصرة لا على اهل الكوفة لان
وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل منتقلا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال الا ان يقضي بالدية
على اهل البصرة فانهم يكونون عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب الدية عليهم حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء
فلا بد ان يقضي بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر قوله بخلاف ما اذا قلت
العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب الخ قالت جماعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح
هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة
اذا كان القاضي قضى بديته على عاقلته من اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في
النسب وان كان بعد القضاء مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما
بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله
انتهى اقول فيه شيء لان قوله مع ان فيه ايضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى اقرب القبائل مع كونه
مستدركا في بيان معنى المقام غير صحيح في نفسه اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من احد الى احد قط بل
انما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ولا شك ان التكثير يغاير النقل بل ينافيه وعن هذا قال المصنف في الفرق بين
الصورتين ان في النقل ابطال الحكم الاول وفي الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت ثمة نقل المقدمة الكاذبة معتبرة
في معنى المقام لما قال المصنف في الفرق بين الصورتين المذكورتين ان في النقل في صورة العلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء

كذا تامل

كذا تامل تقف قوله ولا يعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعدا قال في النهاية والدليل
على انها لا تتحمل ما دون نصف العشر ان القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر ارشه فصار كضمان الاموال كذا في شرح الاقطع
انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول يرد عليه ان لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما تقرر
في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي
احدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل ارش مقدر هو اقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص
في عمده لا محالة لامكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقرر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فتنتقض
بكل واحد من قوله ان القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر ارشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب الغاية اصلاح المقدمة
الثانية اعني قوله ولا يتقدر ارشه حيث قال ويدل عليه من جهة النظر ان ما دون الموضحة ليس له ارش مقدر في نفسه
فاشبه ضمان الاموال ثم قال فان قيل ارش الانملة مقدر وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان تتحمله العاقلة قيل له ليس ارشها
مقدرا بنفسها بل هو مقدر بغيرها وهو الاصبع ونحن انما شبهنا ما دون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له ارش مقدر في
نفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهي قوله ان القصاص لا يجب في عمده مجروحة ترب قوله والاصل فيه حديث ابن عباس
رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش
الموضحة قال ابو عبيد اختلفوا في تاويل قوله عليه السلام لا يعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل
العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى المجني عليه او يفديه ثم قال وهذا قول ابي حنيفة
وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد يجني عليه يقتله حر او يجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة
قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة جائزا يذهب
الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا يعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا يعقل عبدا وفي قول الاصمعي ان في كلام العرب يقال
عقلت القتيل اعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قال الاصمعي كلمت ابا يوسف القاضي في ذلك بحضرة
الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته واجيب بان عقلته يستعمل بمعنى عقلت عنه في باقي الحديث وهو قوله
لا يعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا بل لان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا
في النهاية اقول الجواب محل الكلام اذ للخصم ان يمنع كون معناه ما ذكر ويقول بل معناه لا يعقل العاقلة من قتل عمدا بصيغة المجهول
ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول ايضا فيؤل المعنى في الكل الى معنى عقلت القتيل لا الى معنى عقلت عن فلان
فلا يتم الجواب الا تاملا قوله لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى قال صاحب العناية
يريد ان الثابت بالبينة اقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي
فما اولى انتهى ورده عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف في الدية بل في التاجيل كما لا يخفى ثم قال ولعل الاولى ان يقال لما ثبت
القتل الخطأ بالبينة يلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار اولى بالتاجيل للتخفيف
لان الوجوب على المقر وحده دون العاقلة فليتامل انتهى اقول ليس ذاك بسديد اذ ليس كلام المصنف هنا اصالة في الدية

ولا في التاجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التاجيل في القتل الخطأ قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفيما غيره
في كتاب المعاقل وانما الكلام هنا اصالة في كون التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار وطعنا قصر المطول الينا عليه في تعليل
هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى ان يقال الخ انما يفيد كون الدية موجلة الى القضاء ثلث سنين
في هذه المسئلة لا كون التاجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الاول واما
ما ذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة انما تجب الدية بقضاء القاضي فههنا اولى وهذا يثبت كون
التاجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي
وتاجيل الدية فرع وجوبها لا محالة فانما يتصور التاجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية
الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون اقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضي فههنا اولى انتهى **قوله**
وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف اقول فيه كلام وهو ان كان مراد
المصنف بقوله على ما عرف ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل انه لا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون النفس ولا بين الحر
والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة كما صرح به
صاحب الغاية حيث قال هنا لنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العبد بين طرفي الحر والعبد
فلا يتحمل العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى يتفصح ما ذكره
في تعليل مسئلتنا هذه بتحمل العاقلة ما دون النفس من الحر اذا كان دون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هناك يجري هنالك ايضا
مع تخلف الحكم عنه وان كان مراده به ما ذكره في فصل بعد باب جناية المملوك من ان المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون
الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر فيها هي الآدمية دون المالية عندنا فاذا ان لا ينتقض ما ذكره هنا بتحمل العاقلة
ما دون النفس من الحر اذا كان دون نصف عشر الدية اذ لم يصرح احد بسقوط اعتبار الآدمية في اطراف الحر بالكلية الا انه لا يتم
الدليل المذكور هنا حينئذ على اصل ابي حنيفة فانه يعتبر المالية والآدمية معا في اطراف العبد وانما يتم هذا على اصل ابي يوسف ومحمد
فانهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقد صرح بذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسئلة مختلف فيها بين ابي حنيفة وصاحبيه والمسئلة التي نحن
فيها متفق عليها بين ائمتنا فلا يصح لان يبتنى دليلها على اصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام عن نوع من
الاضطراب كما ترى **قوله** وفي اصل قولنا تتحمله كما في الخطا وقد مر من قبل قال صاحب الغاية اي في اول فصل بعد باب جناية
المملوك واقتفى اثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العيني ولم يتعرض لتفسيره كلا صاحبي الشراح اقول
لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلثة كانت حوالته هنا غير رائجة قطعا اذ لم يذكر في
الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل
برمتها

كتاب الوصايا

قال الشراح ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة
لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت اقول يرد عليه ان كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر
الكتاب وانما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من اصحاب التصانيف اوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب

ويكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخرية في قولهم في آخر الكتاب على الاضافي فان آخر الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا ان كتاب الوصايا
ايضا آخر بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخر الحقيقي وعن هذا ترى القوم يقولون فيقع هذا في اواخر كذا او اواخر كذا بصيغة
الجمع لا بتثنية والاول الحقيقي والآخر الحقيقي وانما المخلص في ذلك تعميم الاول والآخر للحقيقي والاضافي ويمكن ان يقال ايضا ان
ما ذكر في كتاب الخنثى نادر من حيث الوقوع ومن حيث المسائل ايضا فجعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان
الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية يوصون
بها وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين
ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته وبعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما
بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان او منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة
غير واجبة وان القياس يابى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد المسائل
المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق ان هذه الالفاظ كما انها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور
موضوعة فيه ايضا لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده لكن في شرحه استعمال
الايصاء باللام في المعنى الاول وبالى في المعنى الثاني فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على انها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل
التطفل الى هنا لفظه اقول ما ذكره تحقيقا ليس بشيء اما اولا فلان التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة
انما هي المسائل المتعلقة بالوصي ومن مسائل الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فاذا استعمل لفظ الايصاء فيها باللام
لا بالى فيقال اوصى لحقوق الله تعالى او لحقوق العباد ولا يقال اوصى اليهما كما لا يخفى فيقع امر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل
التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شيء من المعنيين المذكورين قط واما ثانيا فلان من مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض
موته بطريق التنجيز مذكورة ايضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجيء في الكتاب ولا ريب في عدم شمول
شيء من المعنيين المذكورين شيئا من تلك المسائل فيقع امر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فمن اين
كان ذكر كتاب جمعهما في لفظ واحد بتاويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا تحقيقا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل
ثم اقول الوجه النقي عن امر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع
حيث قال واما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما اوجبه الموصي في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية
حيث قال هي ايجاب بعد الموت فانهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتأمل والوجه النقي عن امر التطفل
في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقل صاحب النهاية عن الايضاح
حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما اوجبه الموصي في ماله بعد موته او مرض الذي مات فيه انتهى فانه يشمل جميع ما ذكر
في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ونيل
الدرجات العالية في العقبى وشرائطها كون الموصي اهلا للتبرع وان لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية
وان لم يكن مولودا حتى اذا اوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما يعرف وجوده في ذلك الوقت

بان ولدت قبل ستة اشهر حيا وكونه اجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز الا باجازة الورثة وان لا يكون قاتلا وكون
الموصى به شيئا قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حيوة الموصى سواء كان موجودا في الحال او معدوما وان يكون بمقدار
الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا في النهاية وفي العناية ايضا بطريق الاجمال اقول في قصور الحل اما
اولا فلانه جعل من شرائطها ان لا يكون الموصى مديونا بدون التقييد بان يكون الدين مستغرقا للتركة والشرط عدم هذا الدين
المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره واما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت
والشرط كونه موجودا وقت الوصية الى كونه حيا فيها الا يرى انهم جعلوا الدليل على الولادة قبل ستة اشهر حيا في ذلك الوقت
كما لا يخفى على العارف باحوال الجنين في الرحم وباقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط
ان يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحيوة اصلا واما ثالثا فلانه جعل من شرائطها ان يكون الموصى
بقدر الثلث لا زائدا عليه وهو ليس بسديد على الاطلاق فان الموصى اذا ترك ورثة فانما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث
اذا لم يجزه الورثة وان اجازوه صحت وصيته به واما اذا لم يترك وارثا فيصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله
عندنا كما تقرر في موضعه فلا بد من التقييد حتمين مرة بان يكون له وارث واخرى بان لا يجيزه الوارث **باب**
في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه قال بعض المتأخرين في حل
هذا التركيب اي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الاسلوب ان المراد بيان
صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد به ما ذكر بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة
فالاولى ايراده بالواو العاطفة انتهى اقول فيه خلل اما اولا فلانه سلك مسلك التقدير في قول المص ما يجوز من ذلك
وما يستحب منه حيث قال اي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك ان ذاك التقدير
ان صح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين
لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يبطل ذلك لا ان يذكر بعدهما ما
قيد كل منهما بشيء يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه
حتى يندرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوي الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة
طرفي الفعل اصلا لا مجرد رفع التساوي حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما
فيجوز ان يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لانا نقول نفي الاستحباب يعم الجواز والوجوب
وعدم صحة طرفي الفعل اصلا فمن اين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز ان يراد به ذلك
ولئن سلم جواز ارادة ذلك به يفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ ان يندرج في عنوان الكتاب منها الوصية غير واجبة
وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط فالصواب ان لا تقدير في شيء من كلام المص هنا فان صفات
الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها اي كونها مرجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة
مما ذكر في عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شيء اصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية

وعنوان الباب انما هو في صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر في اثناء مسائل الكتاب ما لا يجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة
ان يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لا انه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر الكتب واما
ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد به ما ذكر بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم
ان الظاهر ذلك ولا نسلم ان احدا سواه صرح به وانما الذي صرحوا به ان صفة الوصية في الشرع ما ذكره المص بقوله
الوصية غير واجبة وهي مستحبة لا ان مراد المص بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية
غير واجبة وهي مستحبة الا يرى انهم انما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها
وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المص باب في صفة الوصية الخ وكم بين المقامين واما ثالثا فلان قوله فالاولى ايراده
بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو اورد المص بالواو العاطفة على فرض ان يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية
ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه هذا القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية اي ما يستحب
منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا
فكان هذا القائل نسي قول المص وما يستحب منه عند كتب قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة ولعمري انه عجيب
من مثله **قوله** الوصية غير واجبة وهي مستحبة اقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا ينافي
ما مر آنفا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سيأتي في الكتاب من ان الوصية
بالثلث للاجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم
وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية اولى فكان الظاهر ان يقال الوصية غير
واجبة بل هي مستحبة او جائزة اللهم الا ان يوجه قوله وهي مستحبة بان المراد بان غاية
امرها الاستحباب دون الوجوب لا انها مستحبة على الاطلاق فكانه قال انها لا تصل
الى مرتبة الوجوب بل قصارى امرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله كالصلوة
والزكوة والصوم والحج التي فرط فيها اذ الظاهر انها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين
قال في العناية اخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين
اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل احد ممن له ثروة ويسار لقوله
تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض وقوله
لم نفهم الاستحباب بمعنى نفي الوجوب لجواز الاباحة قال وهي مستحبة انتهى اقول في قوله
غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظر لان
الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الاصول
فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول
من يقول انها فرض في حق الوالدين والاقربين بل الظاهر ان الرد لقول ذلك انما يحصل بقوله وهي مستحبة

ثم ان في اسلوب تحريره سماجة ظاهرة اذ الظاهر من تاخير قوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين ان يكون الاية
المذكورة دليلا عليهما بل المتبادر ان تكون دليلا على قريبها ولا يخفى انها لا تصلح لان تكون دليلا على القول الثاني كما في
النهاية وان شاركه في تاخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا انه ذكر دليلا آخر بعده من السنة حيث
قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته
مكتوبة عنده انتهى فجاز ان يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني دليلا على القول الثاني كما بطريق
التوزيع على اللف والنشر المرتب واما صاحب العناية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقط ثم اعلم ان الجواب عن كل
واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا ان لا نذكره ههنا قوله وقد تبقى المالكية
بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس
وما قيل انه الشارح العيني اقول فيه بحث اذ لا يحصل الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت
فانه قال في وجه القياس ولو اضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى لانه مزيل المالكية
بعد الموت انتفاء اولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعا اللهم الا ان يتحمل بان يقال يصح كونه جوابا عن
وجه القياس بمجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال المالكية لا كونه جوابا قاطعا لعرقه
والاوجه ان يكون هذا الكلام بمجرد تتميم لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد
لكون التمليك فرع بقاء الملك تداركه دفعه بان قال ان المالكية لا تزول بالكلية بعد الموت بل تبقى مالكيته بعد الموت في حق
ما يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية
يوصي بها او دين قال صاحب الغاية وقد استدل ابو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك
خيرا الوصية للوالدين والاقربين بهذه الاية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام في اصوله وتقريره في التقرير بانه
تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية
مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل يحتمل بيان ما فرض للوالدين
وحيث رتبها على وصية منكرة دل ان الوصية المفروضة لم تبق لانه لو بقيت لكان وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك
يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة اذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى اقول يرد عليه ان هذا الدليل
على ان الوصية الاولى لم تبق لا ينفي فان المواريث وان لم ترتب في هذه الاية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتبت
على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصي بها فدخلت تلك الوصية الاولى ايضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن
اين يلزم انتفاء وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الاية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة
دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تاخر المواريث عن الوصية التبرعية ايضا كما هو المذهب في مقدار الثلث وعن هذا
اورد القاضي البيضاوي في تفسير الاية الاولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الاسلام فنسخ باية المواريث بان قال وفيه نظر
لان اية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية

هذه الوصية

هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل ههنا سهوا من الكاتب
الصحيح لرتبه عليها انتهى اقول انما الساهي نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لرتب هذه الوصية هو
الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله
فانه تعالى قال في اول آية المواريث يوصيكم الله في اولادكم وقال المفسرون اي يأمركم ويعهد اليكم في شان ميراثهم ثم قال تعالى
في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام
في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفى وصيته بالكل والنصف قال بعض المتأخرين يعني ان هذا الحديث دل على عدم
جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الخ وان دل عليه ايضا لانه دل على جوازها
بالثلث على خلاف القياس فيبقى ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذلك انتهى اقول ليس بذلك
اذ لا يخفى عليك ان قوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الخ لم يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو
ظاهر ولا دلالة لان مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث
وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر الى ذلك الحديث فلا يصلح لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم الخ وان دل عليه
ايضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فيبقى ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على اصل
القياس ليس بمدلول ذلك الحديث اصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك
الحديث وقال ذلك البعض الآخر لقائل ان يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة
على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد ايضا انتهى
اقول هذا ايضا ليس بتام لان نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها
بما بين النصف والثلث الا ان قوله عليه السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير
اعط الثلث او اوص الثلث او بالرفع على انه مبتدأ محذوف الخبر اي الثلث كاف او على انه فاعل محذوف الفعل اي يكفيك
الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراد بان الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث
كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد اشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام
في حديث سعد الثلث والثلث كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد رضي فقول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل
في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد ايضا ممنوع قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال
اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به واوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال الملك عنه الى غيره
لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت منه حق انتهى
اقول في هذا التعليل قصور لانه انما يمشي فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب
الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته مع انه لا تجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى
في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت

حق الورثة متعلق بماله الآن فتقدير الثلث في الوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء
كانت وصيته في المرض او في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام انتهى
لفظه تدبر **قوله** الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في
شرح قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث اراد لا تجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لا انه لا تجوز هذه الوصية
اصلا وقال هنا فان قلت كيف جاز اعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض وباي توجيه امكن ذكر صحة جارية في الثلث
وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلا قوله اوصيت لفلان بثلثي المال في قوة اوصيت
له بثلث وثلث الاخر ويجعل قوله اوصيت له بعشرة الاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية الاف بمنزلة ان يقال
اوصيت له بثمانية الاف وبالفين الى غيره لكن صيانة لكلام العاقل عن الالغاء ما امكن وحذرا عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد
صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التاويل تدبر فان هذا مما يتم فيه انتهى اقول حسبانه اتى بامر مهم توقف
عليه تحرير المقام ولم يدر انه انما ارتكب شططا فان صحة بعض اجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد
لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه الا يرى انهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة او جمع بين عبد
ومكاتب او ام ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر او المكاتب او ام الولد بناء على ان الفساد
بقدر المفسد فلا يتعدى الى الاخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية واخته في النكاح والمحذور بحسب العقل
انما يلزم ان لو كان محل الصحة والفساد واحدا واما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شيء ذي اجزاء
ومحل الفساد بعضا اخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا اصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة
بلا ضرورة داعية اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغاء مهما امكن والحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يؤدي
اليه اصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رده الورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى
الشرع سواء جعلت وصيته بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة او ابقيت على حالها الظاهر فذكر ما مر في مقابلة
ما ذهب اليه ذلك البعض هنا امر بمعزل عن الاصل كما ترى **قوله** لان الساقط متلاش قال الشراح قاطبة قول المص هذا تعليل
لقوله فكان لهم ان يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط
متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم ان يردوا بعد الموت ما اجازوه في حال حيوة المورث انتهى اقول فيه اشكال اما الاول
فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حيوة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة اصلا كما صرح به
فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك لداع الا يرى انه لا يقال اسقط حق غير ثابت
عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقهم اصلا واما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقرير كون قوله المذكور تعليلا
لما ذكر في مسألة اخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه
ولا يخفى ركاكته وبعده عن شأن المص والحق عندي ان قول المص هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم ان يرجعوا عنه يعني ان
اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى

لايخفى

لا يخفى **قوله** غاية الامر انه يستند عند الاجازة وفي بعض النسخ عند الاستغناء لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى
وتلاشى هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير وهي ان حق الورثة وان ثبت عند الموت الا انه يستند الى اول المرض فكان ينبغي ان
يظهر ان حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي ان يصير اجازتهم في حال حيوة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد
فاجاب بان الاستناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة اذا لحقها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما
وكثبوت الملك في المغصوب عند اداء الضمان وهذا اي ما نحن فيه من الاجازة في حال حيوة المورث قد مضى وتلاشى لكونه فعلا
وقد مضى فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير اشار فخر الاسلام في مبسوطه
كما فصل في النهاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة
ثبت في مال المورث من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر انها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت
المورث بسبب الاستناد اجاب بقوله غاية الامر يعني ان حقهم وان استند الى اول المرض لكن الاستناد يظهر في حق
القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند اداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى
اول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى اقول
فيه خلل فانه قال في اول تقرير السؤال لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان الورثة ثبت في مال المورث
من اول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليلا لقول المص وهذا قد مضى وتلاشى انه لم يصادف
محله وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في اول السؤال فختم الجواب بمصادرة لا يخفى **قوله** ولان الحقيقة تثبت
عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذ الحق يثبت عند الموت الا ان
المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى اقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد المجرد في
قول المص وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته
كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة الى اخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق اذ
الحق يثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة اصلا واما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكونه
فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى ان يحمل على ذلك قول المص وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى
ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق **قوله** فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله يعني فلو استند ملك الورثة الى
اول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية
وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من اول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين
فيجب ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة ايضا ووجه الدفع انه لو ظهر اثر ذلك التعلق في ذلك ايضا لانقلب الحق
حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى اقول لا نسلم ان يستلزم ان يظهر اثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة
ايضا انقلاب الحق حقيقة اصلا فضلا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز ان يظهر اثر مجرد تعلق حقهم بمال المورث
من اول المرض في كلا الامرين معا بدون ان ينقلب الحق حقيقة اصلا اذ لا ريب ان لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي

ولم يقم عليه برهان وغير هذا وقع على اعتبار الاجازة ثم قبل الموت ايضا اجتهادا مالك وابن ابي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء
وغيرهم كما ذكروا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح ابيه قبل موت ابيه فانه يصح ويلزم من ذلك
احد الامرين اما ان لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما ان لا يكون هذا القلب مانعا اجيب بان هذا القلب
مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب مرض الموت
ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين امرين اما ان نبطل
العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة
نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى اقول فيه خلل لان
قوله فنحن بين امرين الخ متفرعا على ما قبله ليس بسديد اما اولا فلان قوله واما ان نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا
بعد ان قرره فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وان انقلاب الحق حقيقة مانع اذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع
الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق في صورة الاجازة قبل الموت بناء على ان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل
بالموت واما ثانيا فلان قوله ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب
الحصول مع ان ما قرره فيما قبل وما ذكره في الكتاب يمنعان جواز ذلك اصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين امرين الخ بما ذكره
نفسه فيما قبل بل بما ذكره في الكتاب ايضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح ابيه قبل
موت ابيه بما ذكره قبله كما فعله صاحبا النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء اورد على قوله لان السبب هو مرض الموت
ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين امرين
الخ انتهى اقول ليس شيء من كلاميه بمستقيم اما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكرر فيه الى
ان يموت المجروح حتى يقال ان السبب هو الجرح المتصل بالموت بل انما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح الا انه يحتمل
ان يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر انه قاتل بخلاف المرض فانه حالة انفعالية تتكرر وتتجدد الى الموت فالقاتل
منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافترقا واما قوله ولذلك قال فنحن بين امرين الخ فلان ما فرع عليه ذلك
كما لا يخفى على من له دربة باساليب الكلام قوله وكل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي
من قبل الوارث قال صاحبا النهاية والعناية وجه قول الشافعي ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا
للوارث لان الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة
لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي ايضا اقول قد قصروا في تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه
حيث قيدوا المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم ان لا يتمشى فيما اذا كان ما اجازه الوارث
اقل من قدر الثلثين او كان قدر الثلث كما في صورة اجازته الوصية لوارث او لقاتل باقل من الثلث او بالثلث فان
الحكم في تلك الصورة ايضا داخل في الخلافية المذكورة مع عدم جريان ما ذكروه من الدليل للشافعي فيها كما ترى
في بيان وجه قول الشافعي هاهنا ما ذكر في معراج الدراية من ان الشارع ابطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل

والاجازة لا تعمل في الباطل فتكون هبة مبتداة لانها تمليك بلا عوض انتهى فانه يعم الكل ثم ان الصحيح في هذه
المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب قوله ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية
للقاتل اقول لقائل ان يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله من بعد وصية يوصي بها او دين وعموم قوله
عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم
كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل اخبار الآحاد فلا يصلح ان يكون مقيدا لاطلاق الكتاب قطعا على ما عرف في اصول الفقه وان
صلح ان يكون مخصصا للعموم في ذلك الحديث الآخر فانما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود
ذلك الحديث وهو ليس بثابت قطعا فاذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم ان يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية
للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الاصول على ما عرف في محله فمن اين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية
للقاتل قال في البدائع قال مالك تجوز الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في اول
الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية
لقاتل وهذا نص ويروى انه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا
وبه تبين ان القاتل مخصوص من عمومات الوصية انتهى اقول ليت شعري من اين تبين ان القاتل مخصوص
من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص ان يكون المخصص متأخرا عن العام في الورود ومعلوم انه لم يثبت قطعا
ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح لان يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه من خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في اول
الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه قوله
ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث قال في العناية ورد بان حرمان الارث
لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين واجيب بان حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة
الورثة مقاسمة قاتل ابيهم في تركته والموصى له يشاركهم في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه
من كل وجه غير مشترط انتهى اقول لا الرد شيء ولا الجواب اما الاول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل
على قياس الحرمان عن الوصية مطلقا على الحرمان عن الميراث حتى يرد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية
كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل عن الوصية على حرمانه عن الميراث لعلة الاستعجال
بفعل محظور وهو القتل ولا شك ان هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا النقض
فيهما واما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته
ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز ان يرث القاتل عند اجازة سائر الورثة اياه وتركهم الغيظ كما جازت
الوصية له عند ابي حنيفة ومحمد اذا اجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وايضا لو كان الامر كذلك لزم ان لا يحرم
القاتل عن الميراث اذا لم يكن للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق ان سبب حرمان القاتل
عن الميراث صدور جناية عظيمة عنه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة له بابلغ الوجوه فتجعلها

الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث واليه اشار المص
بقوله ولانه استعجل ما اخره الله تعالى يعني استعجل بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب الكافي حيث قال
ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعي الزجر بالمنع والحرمان والوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب
العناية ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا اسهل مما سلكه بطريق الدلالة اسهل انتهى اقول فيه بحث لان من شرط طريق
الدلالة ان يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا في الملحق بالدلالة بطريق الاولوية او التساوي وتحقق ذلك
فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على اصل ابي حنيفة ومحمد فان المعنى المقتضي لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا ينكسر باجازة الورثة
اصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء اجازته الورثة او لم يجيزوه بخلاف المعنى المقتضي لحرمانه عن الوصية فانه يتغير وينكسر باجازة
الورثة عند ابي حنيفة ومحمد ولهذا يصح الوصية له عندهما اذا اجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث
اقوى منه في الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة في شان الوصية على اصلهما ثم اقول هنا احتمال آخر وهو ان لا يكون
مراد المص بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الالحاق بطريق الدلالة بل كان مراده مجرد التنظير والتشبيه ويدل
انه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لتم دليل العقل بلا احتياج اليه فان استعجال القاتل ما اخره الله جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية
مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوجه الرد المذكور اصلا وليسقط الكلمات المتعلقة به بحذافيرها كما
لا يخفى **قوله** ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث اقول اري
دليلهما هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الاطلاق اذ قد تقرر فيما مر ان الشرع
لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه
لم يجز الوصية بشيء للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور ان يكون الامتناع في قدر الثلث ايضا لحقهم
ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان مجرد عود نفع بطلانها
اليهم لما اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لاقتضى كونه في الارث ايضا لحقهم فلزم ان يجوز ارث القاتل
ايضا باجازتهم عندهما ولم يقل به احد وقال في العناية فان قيل ما الفرق بينهما وبين الميراث اذا اجاز
الورثة حيث صحت في الوصية دون الميراث اجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة
العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا تعمل
فيه تصرف العبد انتهى اقول فيه نظر لان الكلام هنا ليس في نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بان
احدهما من جهة العبد والاخر من جهة الشرع بل انما الكلام هنا في ان حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث
ام لا ولا شك انه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليليهما
وفي كونهما من جهة العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى ان تعمل الاجازة التي هي تصرف العبد
في ارتفاع احدهما دون الاخر وبعبارة اخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا ان
حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا يجوز ان يعمل

الاجازة

الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وصنعه **قوله** ولانه جنف بالحديث الذي رويناه قال صاحب العناية
قوله بالحديث الذي رويناه اشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض اولاده في العطية انتهى اقول هذا
خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المص في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض اولاده في العطية بل لم يتقدم
منه ثمة ذكر تلك المسئلة قطعا فكيف يتصور الحوالة عليه هنا والصواب ان مراد المص هنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الاشارة
الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة
على الثلث وبالوصية للوارث انتهى **قوله** واقرار المريض للوارث على عكسه قال صاحب النهاية ومعراج الدراية
اي على عكس الوصية بتاويل الايصاء وقال صاحب العناية اي على عكس الوصية بتاويل الايصاء او المذكور ورد عليه
التاويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بالتاء لا المذكور فالاولى ما ذكر انتهى اقول ما ذكره ساقط
لان الوصية انما تكون هي المذكورة بتاء التانيث لا المذكور اذا كان الالف واللام في اسم المفعول حرف التعريف وقد تقرر
في علم الادب ان الالف واللام في اسم الفاعل واسم المفعول عند غير المازني من عامة العربية اسم موصول لا حرف تعريف
وصلته اسم فاعل او مفعول فلم يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر في اسم المفعول الى الموصول الذي هو الالف
واللام ولا يلزم الحاق تاء التانيث بصلته لعدم علامة التانيث في لفظ ذلك الموصول فانه في اللفظ مفرد مذكر صالح للمثنى
والمجموع والمونث ايضا ككلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد به كما هنا وهو الوصية لكن الامر
في كلمة ما ايضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر في جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تانيثها نظرا الى المعنى
المراد بالموصول ومن هنا ترى ثقات اهل العربية يؤولون المونث التي عبر عنها بضمير المذكر او باسم الاشارة المذكر
في مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل في التفاسير ايضا بالمذكور كما يؤولونها بما ذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم تاويل
المذكور بامثال هذا المقام انه يقال بتاويل الشيء المذكور على ان يقدر الموصوف المذكر كان الامر اسهل وان تفع الاشتباه بالكلية
ثم ان الشراح قاطبة قالوا في تفسير قول المص واقرار المريض للوارث على عكسه اي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت
الموت وقال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون الموت ليس على الاطلاق بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب
حادث واما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا ثم بين ذلك في مريض اقر لابنه العبد
ثم اعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه
فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو اجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو اقر لاخيه وله ابن ثم مات
الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين ان اقراره حصل للوارث
فلذلك بطل هذا حاصل ما ذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ما ذكره في النهاية على الوجه المزبور وارى ان اطلاق المص
يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند
الاقرار لكونه محجوبا فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحجوب فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا
والاقرار للوارث باطل انتهى اقول فيه نظر لان مدار هذا التوجيه ان يكون مراد المص بالوارث ما يعم المحجوب بقابل

المحوم وليس ببعيد اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به في قوله ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت
لا وقت الوصية ايضا ذلك والا لم يتم قوله واقرار المريض للوارث عكسه فان الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث في
الموضعين ولو كان مراده بالوارث هنا ذلك ايضا فكذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى ان الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصي
يجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ما ذكره الامام قاضيخان في فتاواه ونقله الشراح باسرهم عنه من قبل وهو انه لو اوصى لاخوته
الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت
الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ
لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر ان المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث
بالفعل بان لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد في صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب الغاية رد على صاحب
النهاية ههنا بوجه اخر حيث قال وذكر في وصايا الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو نصراني او عبد ثم
اسلم الابن او عتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي هو بها وارثا
في ثاني الحال ثم قال فعن هذا عرفت ان ما ذكره بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقلا وهو انه قال اقر لابنه بدين وابنه
عبد ثم اعتق ثم مات الابن وهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض في المعنى
للمولى والمولى اجنبي منه انتهى اقول الساهي هنا صاحب الغاية نفسه لا ذلك البعض الذي نسب السهو اليه فان المص
ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا عن كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سيأتي واعترف صاحب
الغاية ايضا ثمه بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ما ذكره المص هناك نقلا عن كتاب الاقرار فاقاد هنا من انه سهو منه لا يصح
نقلا غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو
فانه بنى كلامه ههنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بغريب في كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد ان فسر قول المص
واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله او يعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار
وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت ولو لم يكن وقت الاقرار وارثا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت
لان الاقرار ايجاب في الحال ولهذا يملكه المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى اقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت
الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت ينافيه ما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه في فصل اقرار المريض
من كتاب الاقرار حيث قال ولو اقر لوارث ثم خرج من ان يكون وارثا بان اقر لاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى
ثم ان لبعض المتاخرين ههنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال في بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة
الاطناب المخل قوله قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر قال في الكفاية اراد به الذمي بدليل التعليل ورواية الجامع
الصغير ان الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى اقول فيه ان قوله ويجوز ان يوصي المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل ورواية
الجامع الصغير انما هي من كلام المص فكيف يصح جعل كلام المص دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذمي وفي مطلق الكافر كلام
الظاهر من لفظه على ان المراد باهل الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربي الغير المستامن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية

لحربي

ابنه لفظ الكافر

بالكافر على الذمي فانه لم يكن
دليلا على ان يكون في مسئلة القدوري

لحربي هو في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فيتم الحربي المستامن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير فكيف يكون رواية
الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذمي دون ما يعم الحربي المستامن وقد صرح في المحيط
وغيره بانه يجوز ان يوصي المسلم للحربي المستامن في ظاهر الرواية كما يجوز ان يوصي للذمي نعم يجوز ان يكون اختصاص
التعليل الذي ذكره المص بالذمي دليلا على حمل المص مراد القدوري بالكافر في نفسه هو الذمي واما ذكر المص رواية الجامع
التي تخص الحربي الغير المستامن فلا يكون دليلا على حمل المص ايضا اياه على الذمي فقط كما لا يخفى قوله وفي الجامع
الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة قال شراح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه
التوفيق بين الروايتين انه لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز ويثبت الملك لانهم من اهل الملك انتهى واقتفى اثرهم صاحب
الكافي في شرح هذا الكتاب اقول وانا اقول فان لفظة باطلة في عبارة الجامع الصغير مما يابى التوفيق المذكور
جدا اذ قد تقرر عندهم ان الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان
المذكور في الجامع الصغير لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم اقول
لعل الحق هنا مع صاحب المحيط فانه لم يقبل ما ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي بل نقل ما ذكر
في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكر في السير الكبير
ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الاصل وبين ما ذكر في السير فقال
لا ينبغي للمسلم ان يوصي للحربي كما ذكر في الاصل ولكن لو فعل جاز ويثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم
من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير ان الوصية للحربي باطلة والصورة المذكورة
ثمة لو اوصى مسلم لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز فان خرج الحربي الموصى له الى دار الاسلام بامان واراد اخذ
وصيته لم يكن له من ذلك شيء وان اجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا يعمل اجازة الورثة
فيها فقد نص على عدم الجواز في اصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ
المحيط فتامل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد ان ذكر التوفيق المار المذكور في عامة الكتب وعزاه الى الكافي والنهاية
قال اقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فانه احتراز عن حربي
ليس في دارهم وهو المستامن فان الحربي ما دام في دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستامن فانه ليس كذلك وهو المراد
بما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه اقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لو اوصى مسلم
لحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن ان يكون المستامن منه هو المراد بما ذكر في السير الكبير قوله
وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل قال بعض المتاخرين لا يخفى ان بيان
وقت القبول حقه ان يتقدم على بيان وجوب القبول فينبغي ان يتقدم قوله والموصى به يملك بالقبول على
قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن ان يتوسط بينهما مسئلة استحباب التوصية بما دون الثلث
انتهى اقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لان بيان وقت القبول اذ كان محتاجا ان يتقدم

على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي ان يتقدم قوله والموصى به ملك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذي ينبغي ان يتقدم انما هو حق ان يتقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم ان يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المص فكان تدارك ان يقول لا يخفى ان بيان وجوب القبول حق ان يتقدم على بيان وقت القبول فخبط في تحريره حيث عكس الامر **قوله** ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم اقول لقائل ان يقول كما ان في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الاجنبي وفيما اذا كانت الورثة اغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم والصدقة اولى من الهبة كما سيجيء التصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث اولى من تركها فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فينبغي ان يكون التكميل ايضا اولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة اغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب ان في التنقيص صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لا اصلها لتحقق اصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن اصلها اي بالكلية وليس في اختيار التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط هي فضيلة الصدقة ولا ريب ان العمل بهما معا اولى من العمل باحديهما فقط **قوله** ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها اقول ولقائل ان يقول قد حكم فيما مر آنفا بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء ولا شك ان المستحب حقيق بان يكون فعله اولى من تركه فما معنى الترديد هنا بان الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها والتفصيل بقوله فان ان كانت الورثة فقراء الخ والجواب ان الاستحباب في قوله سابقا ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله ان يوصي الانسان بل الى قوله بدون الثلث اي مصب الافادة في ذلك الكلام قيد لا نفسه فكان معناه ان التنقيص عن الثلث في الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضي ان يكون التنقيص عن الثلث في الوصية اولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المص في تعليله لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافي ان يكون ترك الوصية بالكلية اولى من التنقيص عن الثلث ايضا في بعض الصور فبين المص ذلك بما قال ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية اولى وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى فلم يكن ترديده وتفصيله هنا مخالفا لما سبق آنفا بل كان بلاحظة ذلك ومراعاته على حاله هكذا ينبغي ان يفهم هذا المقام **قوله** لا فضل الصدقة على القريب فقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح والكاشح العدو الذي يضمر عداوته في كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذي اضمر العداوة في كشحه فانما جعل هذا التصدق افضل لان في التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها اقول فيه شيء وهو ان هذا الحديث حينئذ انما يدل

على افضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على افضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل انتهى لا انه قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعا لان ذلك الحديث في مقام التعليل هنا سواء صدره صاحب الكافي باللام حيث قال لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتاخرين كانه قصد دفع ذلك القصور واصلاح المقام فقال في شرح قول المص لا فضل الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي كل صدقة على القريب اولى من الصدقة على غيره اقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وبتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى اقول ليس ذلك ايضا بتام فانا ان اغمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على افضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح نمنع مبنى قوله وبتخصيص الكاشح بذي الرحم يدل على افضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم فان تخصيص الكاشح بذي الرحم لا يدل على ان لكون المتصدق عليه ذا الرحم تاثيرا في افضلية الصدقة كما ان لكونه كاشحا تاثيرا فيها ولا يلزم منه ان يكون التصدق على ذي الرحم الغير الكاشح افضل من التصدق على غير ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء احد سببي الافضلية المستفادين من الحديث المزبور فمن اين يعلم افضلية احدهما من الاخر تامل تقف **قوله** وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى اولى اقول لمانع ان يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبي مطلقا اذ الاجنبي الموصى له قد يكون غنيا ايضا فلم يثبت اولوية الوصية من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة اغنياء او يستغنون بنصيبهم فتدبر **قوله** ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاولى ان يشتري المريض شيئا ويوصي به لرجل ثم الموصي يجد به عيبا فانه لا يرده على بائعه وصورة الثاني ان يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئا من التركة ووجد المشتري به عيبا لا يرده على الموصى له انتهى اقول في تصويرهم الثاني بما ذكروا نظر لان الموصي اذا باع شيئا من الموصى به يصير ذلك رجوعا عن وصيته كما يجيء تفصيله عن قريب ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصي على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصيته ما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب **قوله** ومن اوصى وعليه دين يحيط بالمال لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع اقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكوة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى في التعليل البسط بان يقال لان حق العبد وان وقع فرض الوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله تعالى الفائتة كالحج والزكوة ونحوهما واياما كان يقدم الدين عليها اما في الشق الاول فقط لان اداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة واما في الشق الثاني فلان الدين من حقوق العبد وحق العبد يقدم على حق الله تعالى اذا اجتمعا لاحتياج العبد وغناء الله تعالى كما عرف في محله **قوله** والاثر محمول على انه

لانا قلنا انا اغمضنا عن منع دلالة الكاشح على ذلك بطريق مفهوم المخالفة فانه انما يدل على ذلك ان لو كان مفهوم المخالفة معتبرا ...

كان قريب العهد بالحلم مجازا يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية الشئ باسم ما كان
عليه كذا في العناية وغيرها او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا قال صاحب الغاية وفيهما نظر
عندي لانه صرح الراوي بانه اوصى لابنة عم له بالغ فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل ان يقال انه كان ادرك
لكن سمى غلاما مجازا لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم انتهى ورد صاحب الغاية حاصل نظره والجواب عنه
حيث قال ورد بانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم وانه اوصى لابنة عم له بالغ فكيف يصح التاويل بكونه
يافعا مجازا او بكون الوصية في التجهيز وامر الدفن واجيب بان قوله كان غلاما لم يحتلم معنى البالغ حقيقة فيجوز
ان يكون الراوي نقل بمعناه وقوله انه اوصى لابنة عم له بالغ لا ينافي ان يكون ما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه انتهى
اقول ليس ذلك الجواب بسديد اما اولا فلانه اذا كان لفظ اليافع في الاثر المزبور مجازا عمن كان بالغا لم يمض
على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في اصل القصة فلو كان الراوي نقل بمعناه
الحقيقي لزم ان يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه واما ثانيا فلان قوله وقوله انه اوصى لابنة عم له بالغ لا ينافي ان يكون مما
يتعلق بتجهيزه وامر دفنه ممنوع جدا فان معنى اوصى له بالمال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وامر دفنه لا يكاد ان يكون ملكا
لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر انه اوصى الى ابنة عم له بكلمة الى بدل كلمة اللام لم يلزم المنافاة لان معنى اوصى
اليه جعله وصيه فيجوز ان يكون ابنة عمه وصيه في تجهيزه وامر دفنه ولما كان المروي في ذلك انه اوصى لابنة عم له بالغ لم يبق
للتاويل مجال قوله وهو يجرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه قال في العناية قوله وهو يحرز الثواب جواب عن قوله
ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بينا اشارة الى قوله فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب الى اخره فانه
يفيد اما افضلية الترك في الثواب او تساويهما فيه انتهى اقول فيه لانه ان اراد ان قوله كما بينا اشارة الى قوله
فالترك اولى لما فيه من الصدقة الى اخره اي الى اخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهي عند قوله وان كانوا اغنياء يلزم ان لا يتم
كلام المصنف هنا فانه انما يمشي في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي ولانه نظر له بصرفه الى
نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا اغنياء ويلزم ان لا يصح قول الشارح فانه يفيد اما افضلية الترك في الثواب
او تساويهما فيه اذ الافضلية متعينة ح فلا معنى للترديد وان اراد بقوله الى اخره الى قوله والموصى به يملك بالتبرع
لينا ول صورة ان كانوا اغنياء ايضا يلزم ان لا يجري كلام المصنف هنا وكلام الشارح ايضا في صورة ان كانوا اغنياء الا
على القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها لا على القول المختار المذكور هناك اولا وهو
كون الوصية اولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتاخرين هنا بعد نقل
ما في العناية وفيه ان التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى اقول ان قوله ولا حاجة
اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا افضلية للترك في صورة ان كانت الورثة اغنياء بل الافضلية فيها للوصية على القول
المختار او الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي
ولانه نظر له بصرفها الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب ان ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحرز الثواب بالترك على

مدفنه في صورة ان كانوا اغنياء الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على
قول المختار فيها تكون الوصية افضل فلا يتيسر احراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر
الى تلك الصورة ايضا ومن هذا اورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما اورده وذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه
في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك اورده المصنف بصيغة التمريض انتهى قوله ويجوز
الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اي يجوز الوصية للحمل مثل ان يقول اوصيت بثلث
مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا اوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط ان يعلم انه موجود في البطن وقت
الوصية للاوصى به بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي وصححه الاسبيجاني في شرح
الكافي واختاره المصنف او من وقت موت الموصي بان جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه ابو الليث
في نكت الوصايا والاسبيجاني في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زبدة ما في العناية وغاية البيان قال بعض
المتاخرين بعد ان شرح المقام بهذا المنوال اقول لم يبني هذا الاختلاف على الاختلاف في انه هل يكفي في صحة
الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصي او لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على
ان الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما
اذ ذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضي خان وسيجئ ايضا انه لو قال اوصيت بثلث مالي
لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل
انه اذا اوصى بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث
للذين حدثوا من بنيه فتبين ان منشأ الاختلاف ليس ذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي
لم يتنبه لها غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها كونه موجودا في بطنها وقت
الايصاء لا ثبت وتحقق في بطنها في هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض اقول فيه اختلال فاحش فان قوله
لاتفاق مشايخنا على ان الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية ايضا ممنوع كيف
وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان ان المعتبر لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصى به يوم
موت الموصي او وجوده يوم الوصية وذكر هناك ان حاصل هذا الفصل ان الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة
الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من اوصى لانسان بعين لا يملك ثم ملكه يوما من الدهر لا ينفع الوصية فالوصية
تتعلق به حتى اذا هلك ذلك المعين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في بعض التركة
فانه يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به فلو قال اوصيت لك بثلث
غنمي او بشاة من غنمي وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصي اغنام بعد ذلك قبل
ان يموت لا يكون للموصى له من الاغنام الحادثة شيء ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع
التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصي فاذا اوصى لرجل بثلث ماله ولا مال وهلك في

يعني بمعنى ولد لما في بطنها
لانه ثبت وتحقق في بطنها في
الوقت سلمه

المال واكتسب الاعيزم فان ثلث ماله الذي اكتسبه للموصى له ولم يتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا يبطل
كما ذكر انتهى فقد ظهر بذلك ان المعتبر لصحة الايجاب في اكثر اقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لا وقت
الموت فلا معنى لقوله لا انعقاد وتشابعا على ان الشرط لصحتها وجودهما اي وجود الموصى له وبه وقت الموت
فقط لا وقت الوصية ايضا وقوله في تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلا بد من وجودهما اذ ذاك دون وقت
الايجاب ليس بتام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز ان يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب
كما يجوز ان يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا انشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ
على ما مر من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام قاضي خان وسيجيء ايضا انه لو قال اوصيت لفلان بثلث
مالي لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ما ترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا
على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله
اوصيت بثلث مالي لفلان لا فيما اذا كان الموصى به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية
وغيره في شرح تلك المسئلة التي سيجيء في الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع
التركة كما في اسم المال واما اذا كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن
المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفا وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل انه اذا اوصى
بثلث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث
للذين حدثوا منهم ليس بتام لان ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه ان يكون
الجواب في غير ظاهر الرواية ايضا كذلك سيما عند الطحاوي وعن ابي يوسف ثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال
صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية
انتهى وقوله فتبين ان منشأ الاختلاف ليس ذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم
يتنبه لها غيره وهي ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها
وقتئذ لا يكاد يصح اذ لا نسلم جدا ان المفهوم عرفا ولغة اذا قيل اوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا
وقتئذ بل يكفي كونه موجودا وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من اساطين الفقهاء
سيما اصحاب ظاهر الرواية ان لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغي ان ينسب الى احد منهم الغفلة
عن شيء من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في هذا الان
تحكم بحت بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها واما كون ثبوته في وقت الوصية او في وقت الموت فامر
خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما المعين لشيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب
البدائع بان قال وجه ما ذكره الطحاوي ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده
ووجه ظاهر الرواية ان وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك

الوقت انتهى ثم ان ذكر البعض قال واعلم ان في كلام صاحب الكافي ههنا اضطرابا لانه دل اوله على اعتبار
المدة من وقت الوصية فيهما اعني الموصى له وبه واخره يدل على انه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل
ولم يظهر له وجه انتهى اقول ان صاحب الكافي قال في اول كلامه ويجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت
لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره واما الثاني فلانه يجري فيه الوراثة فيجري فيه الوصية
لان الوصية اخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من يوم الموت
انتهى فيجوز فيه الوجهان احدهما ان يكون المضاف مقدرا في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب
الوصية ولا يخفى ان وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق اول كلامه آخره وقد اشار صاحب
معراج الدراية الى تاويل كلام المص بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط وثانيهما ان يكون مراده بيان
آخر كلامه مخالفا لاوله لا للاشارة الى وقوع الروايتين في تعيين اول المدة التي يعلم بها وجود الحمل
في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر له وجه ثم انه اخطأ في نقل
آخره دل على انه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالحمل
لا الوصية للحمل لانه قال فيه واما الثاني ولا ريب ان الثاني في قوله ويجوز الوصية للحمل وبالحمل هو
الوصية بالحمل ثم ان الزيلعي قال في شرح الكنز وذكر في الكافي ما يدل على انه اذا اوصى له يعتبر من وقت
الوصية وان اوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى اقول ليس ذلك ايضا بسديد لان عبارة الكافي
في اول الكلام هكذا ويجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية ولا يخفى ان قوله
من وقت الوصية ان لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا اقل من ان يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فمن اين
يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما اذا اوصى له نعم ما ذكره صاحب الكافي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار
من وقت الموت فيما اذا اوصى بالحمل وبهذا يرى المخالفة بين اول كلامه وآخره والمخلص ما بيناه آنفا من احد الوجهين
فتبصر قوله واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فلانه اي الحمل بعرضية الوجود
اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت
الوصية او الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة انتهى اقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله
او الموت في قوله من وقت الوصية او الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضي ان لا يتم قوله
وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لا محالة اذ على تقدير ان وضعت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي
لا يعلم وجوده وقت الوصية اصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل
اكثر من ستة اشهر من وقت الوصية وهذا مما لا سترة به قوله ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية
والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية
صح افرادها اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الا

حملها فسد البيع مع جريان مقدمات هذا التعليل هنا كما بيناه لا يقال انما فسد البيع لا صل وهو انه لا يصح افراده بعقد لا يصح استثناؤه منه فكذلك العقد والحمل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الا رث والوصية فان افراد الحمل بالوصية يصح فكذا الاستثناء منها كما سيأتي في التعليل الثاني لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلا يدفع المحذور ثم ان صاحب العناية قال في شرح اوكد هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما تلبسه انتهى اقول مقتضى تقريره هذا ان يكون قول المص لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا صغرى القياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية وان يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو انه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فان معناه وهو الاخراج عما تناوله صدر الكلام كما هو المتعارف او المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المص في باب الاستثناء منكتاب الاقرار الاستثناء مالولاه لدخل تحت اللفظ وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام المستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل واما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن ان يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا ان لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز ان يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقريب فقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد او الرجل لم يجز فكذلك الحمل ووجه ذلك لان اسم الجارية يتناولهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولهما حيث قال ان اراد مقصودا فليس كذلك وان اراد تبعا فالحمل كذلك انتهى اقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك ان المراد ان اسمها يتناولهما مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشيء اذ لا ريب ان اسم الجارية فيما اذا قال اوصيت بهذه الجارية يتناولها بجميع اجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لابقاء الجارية بدون يدها او رجلها او نحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون اجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال ايضا بل هو غير الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المص في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها اياه فجاز ان لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب ان صحته باعتبار تعريف الموصى فيه كما كان قبل الوصية في الاول صحيح والاستثناء ايضا صحيح في تعريف ذلك في الرهن لا باعتبار حجر المستثنى منه فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه قد مرح في كتاب الاقرار ان ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظي

ولو منع

ولو منع الاستثناء باعتبار تعريف الملك لصح في الاقرار ايضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخل من البستان فليتامل في الفرق انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل ما ذكره في كتاب الاقرار انه لو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لم يخلص المقر له الدار والبناء لان الدار اسم لما ادير عليه الحائط والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح مما تناوله الكلام نصا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هناك ولم يصححوه باعتبار تعريف الملك كما صححوه ههنا قلت انما لم يصححوه لان الاستثناء ابطال حق ثبت بالاقرار ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غايته ان يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى اقول جوابه ليس بمستقيم لان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكورة في كتاب الاقرار على تقدير ان لا يصح الاستثناء منها ولا يجعل البناء للمقر له واما على تقدير ان يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك اصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث الاستثناء ان حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناءها على تقدير ان لا يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين اول الكلام وآخره في امثلة الاستثناء فظهر انه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع بعيد جدا ايضا اذ لو كان الامر كذلك لما احتيج الى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمسئلتنا هذه ولتم ان يكون ذلك من قبيل التزام ما لم يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية ستجيء بتفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسئلة قوله وقال ابو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا قال بعض المتأخرين قلت هذا الكلام ظاهري والا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها واين هذا من ذاك انتهى اقول ليس المراد بقول ابي يوسف ان جحود الوصية يكون رجوعا عنها ان الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد انهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصى فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الاول فلا مجال لحمل ما ذكره على ذلك البعض على تقدير عدم وجه اما قول البا ذكره المص في التعليل الثاني للجحود كما لا يخفى على المتأمل فلا وجه لنسبته الى نفسه بقوله قلت قوله ولهذا ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل ولهذا ان الجحود وهو ان يقول لم اوص لفلان اوما اوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لانه ثبت ما لم يغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال يكون لغوا بان جحوده او هو اوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ما هو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى اقول في قوله فلا جعل اسم كان في قول المص واذا كان ثابتا في الحال الكذب كما ترى ليس بمستقيم لان الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المص لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح ان يكون اسم كان في قوله المذكور وضميرا راجعا الى الكذب على ان ما

فلانه لو كان المراد ذلك لزم ان يكون قول المصنف للحال في قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا لا طائل تحته فان ثبوت الكذب
في الحجود يقتضي كون الجحود لغوا من غير فصل بين ان يكون ثبوت ذلك في الحال او غيره من الازمان واما ثالثا فلانه لو كان المعنى
ما تحقق فائدة قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض انه اوصى ثم
جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له اصلا سواء كان الانتفاء في الحال ضرورة ذلك اولم يكن فتبصر وقد تم قال صاحب العناية
في سبقل الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتامل
انتهى اقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما يلزم ان لو كان معنى كلام المصنف اذا كان الوصية او الحق ثابتا في الحال
لعدم كون الجحود رجوعا كان الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء او الحق ثابتا في الحال لكونه كاذبا
في جحوده اذ الفرض انه اوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفي في الماضي باطلا لظهور الكذب فيبطل ما هو ضرورته
وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة قوله او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة قال صاحب العناية فيه نظر من وجهين احدهما
ان في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما
تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول
ان قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تناقض وعن الثاني بان الرجوع
والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير انتهى
اقول يرد على جواب النظر الثاني ان جواز استعمال الجحود في الرجوع مجازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم
من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية ان لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازا اصلا بل يجوز ان يكون العلاقة
بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وان كان الجحود نافيا في الماضي ايضا كما افصح عنه في غاية البيان
وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول ابي يوسف ووجهه ان الجحود كذب حقيقة الا انه يحتمل الفسخ مجازا
فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء بقدر الامكان وامكن حمله على الفسخ لان الموصى ينفرد بفسخ
الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد احد المتعاقدين لانه هناك تعذر حمله على الفسخ لان احد المتعاقدين هناك لا ينفرد
بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم اتزوجك لان هناك ايضا
تعذر حمله على الفسخ لان النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن ان يجعل كناية عن الطلاق اذ لا مشابهة بينهما لان الجحود نفي العقد
والطلاق يقطع العقد ولا ينفي انتهى فتبصر

باب الوصية بثلث المال

لما كان اقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكرت المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب
كذا في النهاية وعامة الشروح قوله وهذا بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث
وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث اشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة بين المسائل
الثلث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي وفي معراج الدراية ما اذا اوصى بعبد بعينه لانسان قيمته الف

وبعبد آخر بعينه لانسان آخر قيمته الفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور ثابت فيه ايضا مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية
لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة لاحتمال ان يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال
تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض هنا بان كان عبد اوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد
ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وقد احتمل ان يكتسب هذا العبد الاقصى قيمته مساوية لثلث المال او يظهر له مال بحيث
يصير العبد ثلث المال انتهى اقول فيه خلل لان الموصى به صار في ذلك هو العبد وثلث المال ولا يتصور تنفيذ الوصية لكل واحد من
الموصى لهما في جميع ما سماه له بدون اجازة وان زاد مال الميت جدا لان العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة
ولا يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلث المجمع عليها حيث امكن
في هاتيك المسائل الثلث تنفيذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لان تكون صورة نقض
للفرق المذكور من قبل ابي حنيفة هنا بل انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل قوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة
بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا
بعين ما تعلق به حق الورثة هذا هو الجواب عن النقض الذي اشار اليه آنفا قال الزيلعي في التبيين بعد نقل ما في
الهداية هنا وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث انتهى اقول ليس
هذا النقض بوارد لان المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين وقد افصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالعتق
بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لانها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل انتهى قوله ولو اوصى بسهم
من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه اعلم ان هذا المحل من اخص
هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله فقال اكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه
اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه لو كان المراد هذا المعنى لما كان لاداء مثل هذا التركيب المفصل الشوش
وجه ولم يلق هنا بمنصب المص وقال بعضهم معنى قوله ولا يزاد عليه لا يزاد عليه في هذه الصورة المستثناة في
الكتاب وهي ما اذا كان اخس السهام انقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما في الكتاب
سكوتا عن بيان الحكم اذا كان اخس السهام ازيد من السدس انتهى اقول لا يخفى على الفطن ان قول المص في تعليل قول
ابي حنيفة في هذه المسئلة ولان السهم هو السدس الخ يقتضي ان يكون ما للموصى له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا
اي سواء كان اخس السهام هو السدس او ناقصا عنه او زائدا عليه فلا مجال لان يكون ما في الكتاب موافقا لرواية
الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فان في رواية الجامع الصغير تجويز الزيادة على السدس دون
النقصان عنه والتعليل المذكور ينافي ذلك وقال صاحب العناية فان قيل اخس الانصباء اقل واكثر اقل
من السدس فكيف جعل بمعنى السدس قلت جعل بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة انتهى اقول الجواب
منظور فيه لان ما ذكره في الكتاب انما يستدعي جعل السهم بمعنى السدس لا جعل اخس الانصباء الذي هو اقلها
بمعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب انهم ما ذكر في النهاية نقلا عن المبسوط

وهوانما اقل الانصباء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس واما الثمن فانما هو اقلها باعتبار العارض وهو الزوجية
وما يكون عارضا في مزاحمة ما هو اصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على اقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب
العناية واعلم ان عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك
اختلاف روايتي المبسوط والجامع الصغير فانه ذكر في الكافي ففي رواية الاصل جوز ابو حنيفة النقصان عن السدس ولم
يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية
المص تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه
ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية اقول كيف
يتصور الجمع بينهما وقد صرح في الكافي بان ابا حنيفة جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس
وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما في الكافي على وجه الاختصار ايضا
ومقتضى رواية المص على ما صرح به الشارح المزبور في صدر المسئلة ان ابا حنيفة لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه
فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما
انه جمع بينهما واورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل فان الظاهر ان المراد
نفي الزيادة على السدس اذا نقص اخس السهام عن السدس لا مطلقا فيكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير انتهى اقول
ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذي ذكره المص من قبل ابي حنيفة بقوله ولان السهم هو السدس الخ يقتضي لا محالة ان يكون
المراد بما في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضي ان يكون المراد به نفي النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون
المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لان يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفا **قوله** ولانه يذكر ويراد به
السدس الخ قال صاحب العناية قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا
وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعطى ان كان اخس سهام الورثة اقل من السدس يعطى السدس
لما ذكرنا ان السهم عبارة عن السدس وان كان اخس السهام اكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام
الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك اخس السهام وان كان اكثر من السدس فليس في كلامه دليل لما في الكتاب
فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فما عمل بالدليلين انتهى واعترض
بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلق بل على
تقدير كون اخس السهام ناقصا عن السدس فيصح ذكره دليلا لما في الكتاب انتهى اقول قد مر هنا غير مرة ان قول
المص في تعليل هذه المسئلة من قبل ابي حنيفة بقوله ولان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود وقد رفعه الى
النبي عليه السلام يقتضي كون المراد في مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصح ما ذكره بعض الشارحين دليلا عليه
كما قال صاحب العناية ثم قال صاحب العناية واما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتوديها الى النقصان عن السدس
وفي الكتاب الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس وايضا قوله ما ذكرنا ان اراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر

ويراد به

ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقوله ايا كان ان اراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء
الى النقصان عن السدس انتهى وقصد بعض الفضلاء ان يجيب عن قوله وايضا قوله ما ذكرنا الخ حيث قال لا يجوز ان
يكون معنى الكلام ان السهم يذكر ويراد به السدس ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه باثر ابن مسعود فتأمل
انتهى اقول ليس هذا بشئ لان اثر ابن مسعود هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره ذلك القائل لكان مدار هذا
الدليل ايضا اثر ابن مسعود فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية والوجه ان المراد بقوله ما ذكرنا هو
الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا واشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة
على السدس تنبيها بذلك على ان المذكور في الكتاب من قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية وانما
هو تركيب من روايتين انتهى اقول هذا الذي ذهب اليه معنى مستقيم لا ينبغي ان يرضى العاقل فضلا عن مثل المحقق
الكامل فان قوله فيعطى ما ذكرنا مذكور بصدد اقامة الدليل على ما قاله المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير
كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة في الدليل الى ما يخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور في
الكتاب مركبا من روايتي المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو تركيب من روايتين
قوله ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة
الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال صاحب التسهيل اقول هذه المسئلة على ان
احدا لو اقر بمجهول كقوله لفلان علي دين ولم يبين قدره ثم مات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا لو اقيم البينة على ان له
مجهول فينبغي ان يقبل ويجبر ورثته على البيان انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ما ذكره
قياس مع الفارق لان الاقرار بالمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب
المقر له فاذا فات الجبر في حيوته بوفاته سقط سيما اذا كان تقصيرا من المقر له فلم ينتقل عنه الى ورثته بخلاف الوصية
بالمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته
ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء للحق الثابت انتهى اقول ليس هذا بسديد لانهم صرحوا بان ليس من شرط
القياس ان يكون المقيس في معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفي الاشتراك في علة هي مدار الحكم في المقيس عليه فمجرد الفرق بين
ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول في كون تعلق حق الغير به في الاقرار من وقت الاقرار وفي الوصية بعد الموت لا يضر بصحة
القياس المفهوم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق في العلة التي هي مدار الحكم وهو ليس بمتحقق هنا فانه لما كان
مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي ان يثبت الجبر بالبيان لورثة
المقر بالمجهول ايضا اذا مات مجهلا احياء للحق الثابت بالاقرار وقول ذلك البعض فاذا فات الجبر في حيوة المقر بوفاته سقط
ان اراد به انه سقط عنه الحق اصلا فليس بصحيح اذ لا شك انه لا يسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه
الحق بل يتعلق من تركته وان اراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان بقي اصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نسلم قوله فلم ينتقل
عنه الى ورثته فانه لما تعلق حق المقر له عليه وكان ذلك مجهولا محتاجا الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان غير

قوله الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته في البيان كما في الوصية بالمجهول تامل تقف

ومنه قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل

السدس فيه لان الكلام الثاني يحتمل انه اراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد به ايجاب ثلث

على السدس حتى يصير المجموع نصفا وبهذا الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا في الثلث حملا لكلامه

على المتيقن هذا زبدة ما في الشروح قال بعض المتاخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما ترى حمل الكلام

على احد محتمليه وكان ان تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت بيقين على الاحتمالين الثلث قلنا ثبت

من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حمله على احد محتمليه كما هو ابل الجمله بمنزلة ان يقال بدا ثلث مالي وصية لان المتيقن ثبوت

الثلث بمجموع الاحتمالين لا باولهما الا هنا كلامه قوله ليس هذا بشيء اذ لا شك ان المتيقن ثبوت الثلث باول الاحتمالين

فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول تقتضي ثبوت الثلث بلا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيد جواز

ارادة النصف ولا تاثير له في ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور لا ما زاده ذلك البعض من عند

نفسه وقال صاحب الغاية فان قيل اذا اجازت الورثة كان الواجب ان يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله واجازت الورثة

فائدة فالجواب ان معناه حتى الثلث واجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه اراد بالثانية

زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه اراد بها ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا في الثلث لانه

متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث انتهى اقول في قوله وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث

بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم تجز الورثة واما اذا اجازت كما هو المفروض هنا فيملك الايصاء بما زاد على

الثلث ايضا ويملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا كما عرف في اوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه العلة تدبر قوله لانه امكن ايفاء كل

ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه اقول فيه تامل فانه انما يظهر ان لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك

بل هو شايع في العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شايعة في كل المال لكون الموصى له

اذ ذاك شريك الورثة وغرض الاخذ الالف كملا في صورة انه لم يخرج الالف من ثلث العين واذا كان حق الموصى له

شايعا في جميع التركة الذي هو العين والدين شيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان خرج

من ثلث العين بخسا في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم ح ان ياخذ الموصى له جميع حقه من العين الذي له

فضل على الدين وياخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين وهذا بخس في حقهم لا محالة منافى لما

يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتامل في الدفع ولعل تسكب فيه العبرات قوله ومن اوصى لزيد وعمرو

بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد

وجدار قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وانما فرع بقوله فلا يزاحم الحي ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم

ثم مات احدهما فان للباقي نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم

وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث انتهى اقول في تقرير الشارح المذكور هنا قصورا ما اولا

فلانه اضاف اندفاع الاشكال بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله

لان الميت ليس باهل للوصية في الحقيقة واما قوله فلا يزاحم الحي فتفريع على ذلك والاصل ان يضاف الحكم الى الاصل دون

الفرع واما ثانيا فلان الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ان يكون المراد بالمزاحمة المنفية في قوله فلا يزاحم الحي

هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وفي ذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة

ثم مات احدهما قبل موت الموصي كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع ان المزاحمة هناك ايضا التزاحم وان التزاحم فيه

انما يتصور في حال الايجاب الموصي لا في حال الملك اذ كان احدهما ميتا في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح

في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصي بموته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي

منهما جميع الثلث بعدم المزاحمة حين ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه انتهى واما ثالثا فلانه لم يتعرض لبيان

اندفاع الاشكال بمسئلة اخرى ايضا بعبارة الكتاب وهي تلك المسئلة ما اذا اوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات احدهما

قبل موت الموصي فان للباقي نصف الثلث هناك ايضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك

ايضا فالتقرير الظاهر الواضح في شرح هذا المقام ما افاده صاحب النهاية حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب

عما اوردوا شبهة على هذه المسئلة بان قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما لو اوصى لزيد وعمرو وهما في الحياة

ثم مات الموصي ثم مات احدهما كان للباقي نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات احدهما قبل

موت الموصي كان للباقي نصف الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للموصي له الا ان في المسئلة الاولى لما تمت الوصية

لهما بموت الموصي ثم بعد ذلك بموت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت احد الورثة بعد موت المورث

وفي المسئلة الثانية لما مات احدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت

فيشترط بقاء من اوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه كما لو مات احد الورثة

قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل واحد منهما اهلا

لايجاب الوصية له فيبطلان حق احدهما لا يزداد نصيب الآخر كما لو رد احدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث

وهنا كله على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من اهل الوصية له فانما يتعين

حقه باثبات المزاحمة ولم يثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي

لفلان ولفلان فالثلث كله لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر قوله ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية

باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم اعلم انه وقع في عبارة الوقاية

[illegible] له من غنمي ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة نقل صدر الشريعة في شرح

الوقاية واعلم انه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من

الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم ان لا يكون له شاة لاحتمال ان يكون له

واحد لا كثير فعبارة الهداية تتناول صورتين اذا لم يكن له شاة اصلا وما يكون له شاة لا غنم له وفي الصورتين

تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى وعلم بعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية اشمل لكن
هذه احوط انتهى كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما
قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى
لو وجد الفرد تصح الوصية ينبئ عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم
جنس لا اسم جمع انتهى وقال في حاشيته اخطأ هنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين انتهى اقول
ان يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بان حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وان
الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم ان الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم ان الغنم جمع او اسم جمع لا اسم جنس ان
نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وانه لا يصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم
الجنس كما زعم المعترض لانه اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فيبطل الوصية فهذا هو السر في
تعميم الغنم وفي الشاة الى هنا كلامه اقول الظاهر عندي تمام ما ذكروه في تعليل هذه المسألة وهو ان الشاة يصير موصى
به فيصير الوصية بشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية هنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة
انتفى المانع نعم لا يوجد ما اضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير ان يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكن المقصود من الاضافة
الى الغنم تعيين ان مراده جنس الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجود المنسوب
كوجود الشاة التي هي الموصى به ومما يرشد الى هذا جواب هذه المسألة فيما اذا لم توجد شاة اصلا انه قال الحاكم الشهيد
في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزءا من الغنم
وانه يصلح جزءا للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم ولا وجود له عند الموت ايضا فلا تصح انتهى تأمل تفهم
قوله واما ان الوصية لامهات الاولاد جائزة وهذا الاستحسان وكان القياس ان لا يصح الوصية لام الولد لان
الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فهي انما تستحق الوصية بعد موت مولاها وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها
فالعتق يحلها وهي امة فتستحق الوصية وهي امة والوصية لامته بشيء غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان ان الوصية
مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله ان يقصد بايصائه وصية صحيحة
لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة اقول فيما ذكر
في وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال الموت موت مولاها
لا بعد موت مولاها اذ لا شك ان ام الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعد موته
حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية للامة في شيء فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى تكلفهم في وجه الاستحسان ولعل الامام
قاضي خان والامام المحبوبي تفطنا لهذا قالا انما جازت الوصية لامهات اولاده فلان اوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت
وهي حرة بعد الموت فيجوز الوصية لها كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية

ثلث المال للعبد جائزة ولم يعتق بعد موته وام الولد ليست اقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا اجيب
بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناولها ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يتجزأ
عنده فاعتقاد ام الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية اصلا ولقائل ان
يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة او امة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان
الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب انها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان
بالوصية ايضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ العناية
اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد ان ذكر قبلهما على الوجه الذي مر
لان المراد بالواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله
فلا وجه لنفي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار والفرق بين ام الولد والعبد الموصى له
بثلث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة **قوله** ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال
لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة قال صاحب النهاية وهذا استحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ
الاشراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما اوصى به لكل واحد
منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب ان يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه اثبت الشركة بينهم وهي تقتضي
المساواة وانما يثبت المساواة اذا اخذ من كل واحد منهما ثلث المائة اما اذا اخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له
مائة فلا يثبت المساواة بينهم فعلم بهذا انه اشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشراكه اياه مع كل واحد منهما متفرقا
انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه بحث لان الشركة المساواة لغة كما صرح به المص فيقتضي لفظ الاشراك
التسوية بلا ريب فاذا كان معنى قول الموصي للثالث قد اشركتك معهما جملة واحدة اي التسوية بين
الكل لا اشركك مع كل واحد منهما منفردا اي تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه فلا معنى لوجه الاستحسان الذي ذكره
وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل
واحد في كلام الموصي لغة وعرفا احدهما لا غير فلم يصلح هذه المسألة للقياس والاستحسان على ما ذكراه وغير هذين
لم ار احدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسألة سوى هذين الشارحين والذي يظهر من كلام المص هو ان
التسوية بين الكل هو المعنى فيما امكن تحقيق المساواة بين الكل والا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه
عملا باللفظ بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسألتين كما ترى ولا غبار فيه **قوله** والقياس ان لا يصدق
لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر
وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها اقول لقائل ان يقول لم لا يجوز ان يقوم الورثة في البيان كما في
الوصية بالمجهول مثل ان اوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة اعطوا ما شئتم بناء على ان المجهول يتناول
القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان كما مر في الكتاب فتأمل **قوله** وان اعتق بقال لاصحاب

فلا معنى لوجه القياس المذكور ان كان معناه هو الثاني

شرح صاحب النهاية والكفاية
معراج الدراية

الوصايا صدقوهم فيما شئتم ويقال للورثة صدقوهم فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق ووصية في حق التنفيذ الخ
قال صاحب العناية حاصله انه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة
على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يختص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين انتهى وقد
سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه اقول فيه كلام وهو ان العمل بمجموع الشبهين انما كان امرا
واجبا كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الاقرار في هذا التصرف فيما اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه
وصية حتى جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث لم يجعلوه
اركانا اصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك امرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء
بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا
فتامل انتهى وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه حيث قال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة
على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا غبار فتامل انتهى اقول
ليس هذا بمستقيم فان مراد ذلك المعترض انه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في اقل منه كما لا يؤخذ بقوله
في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة واصحاب الوصايا بالغا ما بلغ فمن اين يظهر اعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة
بل على ان يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب تامل تقف ثم ان الامام الزيلعي استشكل
هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هنا اشكال من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر
من الثلث وهنا الزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث لان اصحاب الوصايا اخذوا الثلث على تقدير ان تكون الوصايا تستغرق الثلث
كله ولم يبق في ايديهم من الثلث شيء فوجب ان لا يلزمهم تصديقه انتهى اقول هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة
في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم ان يصدقوه في اكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة
ان يصدقوه فيما شاؤا وليس في هذه الصورة الزام الورثة ان يصدقوه اكثر من الثلث فان اصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا
تستغرق الثلث كله لا ياخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما ياخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا
على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاؤا ولو لم يعتبر ذلك عدم بقاء ذلك الثلث في ايديهم من جهة العزل والافراز فنقول
سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في ايديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي ايضا فيكفي جواز التصرف
لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق
في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يختص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين
تامل ترشد **قوله** وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك قال بعض المتاخرين ينبغي ان
لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذه الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف اصحاب الوصايا الباقي من الثلث
في ايديهم فتامل انتهى اقول ليس هذا بكلام صحيح اما قوله ينبغي ان لا يحلف الورثة اذا بلغ ما اخذ من الفريقين ثلث المال
ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلان تحليف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس لوجوبه من المسئلة بل

بل كون المدعي هناك ممن يدعي حقا لنفسه من تركة الميت ولا ريب ان ادعاءه اذا ادعى على الثلث من تركة الميت لا يمنع صحة الدعوى
فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا انكروا واما قوله ويحلف اصحاب الوصايا الباقي من الثلث في ايديهم فلان
دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في ايدي اصحاب الوصايا بل لا تختص بثلث مال الميت مطلقا والمدعي فيما اذا ادعى ازيد
على الثلث انما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا يسمع دعواه رأسا فضلا عن التحليف
قوله ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك تبرأ وهكذا اقول في ظاهر تعبير المص
هنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع الاثواب الثلاثة معا والمفروض في وضع المسئلة ان يضيع ثوب
واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح ان يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقك قد هلك فانه كذب ظاهر
لا ينبغي ان يسمع اصلا فضلا عن ان يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك قد هلك يقتضي
الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه ولا دخل في التعبير بما ذكره شراح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد
والامام قاضيخان وهو ان المراد بجحود الورثة ان يقولوا حق واحد منكم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم
اليكم شيئا والذي يمكن في توجيه كلام المص ان مراده بمعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقك هلك
يحتمل ان يكون حقك فكانه تسامح في العبارة بناء على ظهور المراد ووافقه صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها
قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة قال صاحب
الغاية فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة واجيب بانه قال هناك بعد قوله ومعنى
المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء وما نحن فيه
كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره هنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا اشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا
يجبر على القسمة فيه انتهى وقد سبقه الى اصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية اقول قد خبط الشارح
المزبور في الجواب المذكور خبطا حيث قصد التوفيق بين كلامي المص في المقامين ولكن ما الفاصل بين ما ذكره المص في كتاب القسمة
وما انطبق عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المص قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز
لتقارب المقاصد وقال والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الديون وقال في ذلك الشارح وسائر الشراح في
شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض ان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر
في الحيوانات والعروض لما اجبر الآبي على القسمة في ذلك اجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند
طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجري فيه الجبر
لدفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بامثالها فيما يؤدي

بلا عملا في نفسه انتهى ولا يذهب على ذي مسكة ان مضمون الجواب المذكور ههنا ما نافي ذلك والصواب في حل مراد المعترض
ههنا ومعنى المبادلة في هذه المسئلة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذي تحمل الشارحان المزبوران لدفعه ما تحملا ان يقال
يعني ان معنى مبادلة وان كان ظاهرا في غير المكيل والموزون الا انه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل
معنى الافراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصي وقصده الذي هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المسامحة
وسرعة الثبوت وقد نص عن هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن
وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد واحد منهما بالقسمة ولو اشتريا دارا واقتسما لم يكن لاحدهما ان يبيع نصيبه
مرابحة على ما اشترى فهي افراز في حق بعض الاحكام الا يرى انه يجبر عليها ولو بنى احدهما في نصيبه بعد القسمة
بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة في القسمة والمشتري لو
قاسم البائع لم ينقض قبضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكان الاحكام على عكسها فثبت انها افراز
من وجه مبادلة من وجه فنجعل افرازا في حكم الوصية تصحيحا للوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت
ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظهر انه اوصى
بما يملكه انتهى فتدبر قوله وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه
اي عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الاخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة
في نصفه الاخر لان الدار بجميع اجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب
الموصي مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الاخر
وبين قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيب الموصي واما نصفه الاخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب
الموصي فباقيان على حالتهما الاصلية في ملك الموصي وصاحبه فلم يكن قوله اما لانه عوضه صالحا لان يكون دليلا مستقلا
في افادة المطلوب ههنا وهو ان يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك
البيت في نصيب الاخر بدون ملاحظة احد الدليلين الآتيين وتحرير المص يقتضي استقلاله فيها كما ترى
فتامل قوله والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له
الخ اقول فيه كلام وهو ان هذا الفرق انما يتمشى في صورة ان وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي
واما في صورة ان وقع بعدها في نصيب الاخر فلا لان الموصي كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر ملكا له بعد ذلك
حتى يؤمر بتسليمه الى المقر له ولئن سلمنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب قوله وعند الاستحسان ان اقر بثلث
شائع في التركة وهو في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في يده قال صاحب التسهيل اقول معنى فصل اقرار الابن
ان ابنه لو اقر بان يجحد اخوه الاخر دفع اليه المقر نصف نصيبه كما قال زفر هنا لانه اقر بالمساواة وعند الكل
يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا نحن هنا والحاصل انا عملنا هنا باصل مالك ثمة وعمل زفر هنا باصلنا ثمة فلا بد للائمة
الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية او الاتحاد ويحتمل ان يكون في المسئلة روايتان الى هنا لفظ التسهيل

وقصد بعض المتاخرين ان يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما بين فان المساواة من لوازم البنوة
للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالاخ يتضمن الاقرار بالمساواة
بخلاف الاقرار بالوصية فانه يتضمن الاقرار بها انتهى اقول ليس هذا بشيء فان الذي من لوازم الاخوة انما
هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما في يد احد الاخوين فقط كنصف التركة مثلا والا يلزم ان يكون
حصة احد الاخوة النصف وحصة مجموع الاخرين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما
تقتضي كون حصة الاخ المقر له ثلث ما في يد المقر لا نصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله
صاحب التسهيل من سقوط نقطة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست
من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام ايضا لان المساواة انما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع
مطلق الورثة واما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الورثة في الابنين وكون اقرار
احدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه اخر كما لا يخفى

فصل في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم
الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لان هذه الاحوال
بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا في الشروح قوله
واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة قال
صاحب النهاية وهذا بناء على ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية
والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال حتى لو كان المقر له وارثا يوم الاقرار
لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا انتهى واقتفى اثره في هذا التقرير صاحب العناية اقول في عبارتهما خلل
فان كون الاقرار تمليكا للحال مع انهم قد صرحوا في كتاب الاقرار بان الاقرار ليس بتمليك بل هو اظهار والمقر به واما
ولهذا لو اقر لغيره بالمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض اذا اقر
بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدءا لم ينفذ الا بقدر الثلث
عند عدم اجازتهم فحق العبارة ان يقال لان الاقرار تصرف في الحال كما قال المص في اوائل كتاب الوصايا
تدبر قوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا قال صاحبا النهاية والعناية في شرح
هذا المقام اي لا يصح الوصية والهبة له لان الوصية مضافة الى وقت الموت اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت
لم يذكرها ههنا وذكر في كتاب الاقرار انه اذا لم يكن عليه اي على العبد دين يصح انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة
سليمة ان ما ذهبا اليه في شرح هذا المقام مما يأباه سداد المعنى وانتظام الكلام فانهما حملا قول المص وكذا
لو كان الابن عبدا او مكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع ان الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة
للصور الثلث المذكورة فيما قبل جميعا وهي الاقرار والهبة والوصية لانه كان عاما لها في المسئلة السابقة

فانتظام اطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا يقتضي العموم لها في هذه المسئلة ايضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فان ما ذكر من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلث جميعا بلا ريب ثم ان قولهما اما اذا اقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكرها هنا ان اراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة ايضا لم تذكرا هنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في اشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق وما يقتضي جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الاقرار وان اراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكر هنا اصلا اي لا صراحة بعينها ولا اندراجا في اطلاق اشارة بشيء فهو ممنوع فان مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض اقر لابنه وهو نصراني بدين او وهب له هبة يقبضها او اوصى له بوصية ثم اسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا انتهى ولا يذهب عليك ان صورة الاقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت اطلاق اشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فاعتق في هذا فالحق ان مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا انه يبطل الاقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة ايضا للدليل الذي ذكرناه في المسئلة السابقة وان مراده بقوله وذكر في كتاب الاقرار الى قوله وقال والمعقد بيان ان في صورة الاقرار رواية الصحة ايضا وكذا في صورة الهبة واما في صورة الوصية فلا رواية للصحة اصلا تبصر ترشد

باب العتق في المرض

قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من انواع الوصية لكن لما كان له احكام مخصوصة افرده بباب على حدة واخره عن صريح الوصية لان الوصية هي الاصل انتهى اقول فيه فتور لان الاعتاق في المرض ليس من انواع الوصية بل هو امر مغاير للوصية حقيقة فان الوصية ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف فكيف يكون هذا من انواع الوصية نعم انه في حكم الوصية اذا وقع في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سياتي ايضا في الكتاب فالوجه ان يقال لما كان الاعتاق في المرض امرا مغايرا لحقيقة الوصية ولكن كان في حكمها ابوابا على حدة واخره عن حقيقة الوصية لكونها هي الاصل قوله وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز اقول في عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز في النسخة الاولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر ان يقال مكان قوله فذلك كله جائز قوله وانما قدم العتق الذي ذكرنا آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي اقول في هذا التحرير قصور بل خلل اما اولا فلان قيد من جهة الموصي من قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو مفسد لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا ايضا في الروايات كما صرحوا به على ان يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحاباة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة احد اصلا وان لحق المحاباة من جهة غير الموصي كالمشتري واما ثانيا فلان قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم باطلاقه ان يلحق الفسخ المحاباة ايضا من جهة الموصي مع انه

قال وكذا المحاباة لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام ان يقال فانه لا يلحقه الفسخ اصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واما غيرها فيلحقه الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي ايضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال انتهى اقول ليس ذاك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع وهنا اعطف المصنف عليه فيما قبل حيث قال الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى ان العتق المعلق ايضا لا يلحقه الفسخ عند اطلق ان يقال في تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ اي غير العتق الذي ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي فح يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ ايضا يساعده لا محالة فان العتق الذي ذكره يعم العتق الموقع والعتق المعلق كما ترى قوله واذا قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا قال صاحب النهاية في تفسير قوله يستوي فيه من سواهما اي سوى العتق والمحاباة واقتفى اثره صاحب العناية اقول فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من في قوله من سواهما تابى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من اهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافي ذلك كما ترى فالوجه في تفسير ذلك ان يقال اي سوى المعتق والذي حوبي له او سوى اهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف في تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ لا اهل ولفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر في مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فيقبح السماح في تفسيرهما المذكور لا محالة قوله لها في الخلافية قال صاحب العناية في بيان الخلافية وهي التي قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العيني اقول هذا شرح فاسد لان الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه في كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التي قدم فيها المحاباة على العتق والتي قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان في تينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما فالصواب في بيانها ان يقال وهي التي اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة او قدمت المحاباة على العتق قوله ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت قال في العناية الا يرى انه اذا اوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم اثلاثا وصل او فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك هنا انتهى وهكذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الاسرار اقول لقائل ان يقول حكم الايصاء في صورة التنظير نازل وقت موت الموصي في حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم في التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذي هو الموت في حق كل واحد منهم في صورة التنظير واحد فلهذا كان الثلث الموصى به بينهم اثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع والمحاباة منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة في البيع اذا وقعت في المرض والمنجز يوجب الحكم في الحال لا محالة

ينبغي ان يثبت الحكم في المقدم في الذكر قبل ان يثبت في المؤخر فيه فافترقت الصورتان فتأمل **قوله** وعلى هذا
قال ابو حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة
الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان قال في العناية فيه بحث وهو ان
يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة
الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب ابي حنيفة وايضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث
تحاصتا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي ان ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج
ان تلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني فانه انما تحاصتا لان ما يحتمل النقض
من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم
الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وهاهنا لفظ العناية اقول فيه نظر من وجوه الاول ان السوال الثاني
غير متجه على كلام المص اصلا لانه لم يقل المص قط ان التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان التقديم الاقوى يقتضي
الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذاك دافعا للاضعف المؤخر واما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي
الترجيح لعدم احتمال دفع المؤخر الاقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين
على الاخرى على ما هو المذكور في السوال الثاني فلا اتجاه له اصلا على ما ذكره المص والثاني ان الجواب المذكور عن السوال
الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة للقياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا لا شرط الانتاج في الجملة فانهم
مصرحون في علم الميزان بان قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا انه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة
اذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا ا مساو لب وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم ان ا مساو لج بواسطة مقدمة
غريبة صادقة وهي ان كل مساو للمساوي مساو والسوال الاول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه
النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث ان الجواب المذكور عن السوال الثاني مما لا حاصل له فانه ان اريد به ان تنفيذ
المحاباتين جميعا ثم نقضهما بعد الموت يرتفع تقدم احديهما على الاخرى فذلك امر لا يساعده العقل وان اريد به ان التقدم
والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السوال
المبني على كون ما ذكره المص ان التقديم يقتضي الترجيح مطلقا فالصواب في رد السوال الثاني ما نبهنا عليه آنفا
من ان الذي ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا ان التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السوال
نعم في دفع السوال الاول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقسم
الثلث بين الكل اثلاثا لان المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية فكان مساويا للاولى
لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بمعنى يخصه وهو تقدمه عليها فلا يساوي الاولى وبهذا
خرج الجواب عن اشكال آخر وهو ان يقال المحاباة الاولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغي ان

ترجح

ان تترجح على العتق كالاولى لان المساوي للراجح راجح لما ان رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه كذا
او يقال ينبغي ان لا يكون للمحاباة الثانية شيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوي للمرجوح مرجوح
كذا في الفوائد الحميدية انتهى تأمل **فصل** ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا
اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدم المص باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه
لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح **قوله** ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت
الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها اقول يشكل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق
بموت الموصي على اصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى لا يقبل الشهادة عليه عندهما من غير
دعوى كما تقرر في محله وقد مر في الباب السابق ايضا مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات
كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان ايضا نقلا عن شرح الطحاوي فتأمل **قوله** لان الفرض
اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم اقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي قوله في وضع المسئلة
قدمها الموصي او اخرها اذ على تقدير ان اخر الفرائض يكون بدايته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداية هناك
بالاهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك ان يقال الظاهر منه البداية بما هو الاهم والجواب ان المراد
بالبداية في قوله والظاهر منه البداية بما هو الاهم هو البداية في الاعطاء والتمليك لا البداية في الذكر والتلفظ فالمعنى
ان الظاهر من حال الموصي البداية في الاعطاء والتمليك بما هو الاهم في الشرع وان اخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو
ان يكون المراد بالبداية المذكورة بداية من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محالها من الوصي والقاضي ونحوهما لا البداية نفسه فالمعنى
ان الظاهر من حال الموصي ان يقصد بداية من ينفذ وصاياه ويصرفها الى محالها بما هو الاهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه
قوله فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم يعني ان تساوت
الوصايا التي من حقوق الله في القوة بان كان كلها فرائض او واجبات او نوافل بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث
لان الظاهر من حال الانسان ان يبتدئ بالاهم اقول لقائل ان يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر ان الاهم في حق
الشرع ما هو الاقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور اهمية بعضها من بعض وان جاز
التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية او الوجوب او النفل فالظاهر ان اهمها ما هو
اقواها في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصي فان اريد بالاهم في قوله لان الظاهر انه يبتدئ بالاهم ما هو الاهم اي الاقوى في
اعتبار الشرع فلا نسلم ان الظاهر انه يبتدئ به اذ لا يهتدي كل احد الى معرفة ما هو الاقوى في اعتبار الشرع من بين
الفرائض او الواجبات او النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشيء منها دليلا على كونه اقوى من غيره في اعتبار الشرع وان
اريد بالاهم في ذلك ما هو الاهم عند المبتدئ كما صرح في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان ان يبدأ
بما هو الاهم عنده فكون الظاهر انه يبتدئ به مسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداءة في التنفيذ والاداء
بما قدمه الموصي في الذكر مع العلم بكون ما اخره اهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان

ان يبدا بما هو الاهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة ايضا مع انه لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الاهم عند
الشرع حيث قدمت الفرايض سواء قدمها الموصي او اخرها فليتدبر في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل
المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال ثم الوصايا اما ان يكون كلها لله تعالى او كلها للعباد او تجمع بينهما فما للعباد فما
تقدم ذكرها وما لله تعالى اما ان يكون كله فرايض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او واجبات كالكفارات والنذور
وصدقة الفطر او كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما اشبهها او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع
بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة وان لم يجيزوها
فان كان كلها لله وهي فرايض كلها او واجبات كلها او تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرايض قدمها
الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم انتهى كلامه اقول
في تقريره خلل لان ضمير المفعول في قوله وان لم يجيزوها اما ان يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرايض والواجبات والنوافل او يرجع
الى مطلق الوصايا جامعة كانت بينها او غير جامعة فان رجعت الى الاول كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها
فسياق كلامه الاخر يلزم ان لا يصح قوله فان كان كلها لله وهي فرايض كلها او واجبات كلها او تطوع لان الوصايا التي كلها فرايض او التي
كلها واجبات والتي كلها تطوع قسيمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور ان تجعل هنا اقساما منها وان رجع الى
الثانية فمع كونه منافيا لما يساعده سياق كلامه يلزم ان يكون كثير من الاقسام مع احكامها مهملا متروكا في مقام التفصيل
وذلك مثل ان يكون الوصايا كلها فرايض او واجبات او نوافل والثلث يحتمل الكل او لا يحتمل ذلك ولكن اجازت الورثة
فان كلا منها قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها ولم يذكر فيما بعد اصلا فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط
والجمع ثم ان الشارح المذكور انما وقع فيما وقع بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله او يجمع بين هذه الوصايا كلها ولو سلك
في التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله او يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله
يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تامل تقف قوله وعلى هذا القياس يتقدم بعض
على البعض قال الشراح فمن ذلك ان يتقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون النذور
واجبة بايجاب العبد انتهى اقول لقايل ان يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا
نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي ان يتقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارات في القتل
والظهار واليمين عليها لذلك على ما ذكر في الكتاب قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد الخ
وفي غاية البيان قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي ان يتقدم
على الوصية للانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق
فلا تعتبر قوة الوصية انتهى اقول في الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق
بموت الموصي والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلا منها يتقدم على جميع سائر الوصايا ما كان لله وما كان
للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ اصلا وقوة المحاباة ايضا من حيث انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي

كان

كما مر في باب العتق في المرض ولو لم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها
مع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في المحاباة هو العبد وفي حقوق الله هو الله فقد اختلف
المستحق وكذا الحال في العتق الموقع في المرض والمعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند
ابي حنيفة لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العتق حق الله
تعالى عندهما على ما عرف فتدبر قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة
بقدره الخ قال صاحب العناية قولهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الخ مدفوع بقوله عليه السلام كل عمل
ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ثم مات
واوصى به وجب الاكمال فيما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما اطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب ابي حنيفة
عن ذلك فهو جوابنا عن الحج واجيب بالفرق بان سفر الحج لا يتجزى في حق الامر بدليل ان الاول لو بدا له في الطريق
ان لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضى الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفق واما الاطعام
فانه يقبل التجزي حتى ان المامور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وامر به غيره فانه يجزيه كذا في الاسرار
وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزي وغيره في الانقطاع الا ان يقال التجزي في الاطعام
مستند الى الكتاب فانه اقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل اقوى من الحديث فعمل به انتهى
لفظ العناية اقول السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد واجيب مذكوران في النهاية وغيرها
وتصرف هنا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ لكنه ساقط اذ ليس مدار الجواب
المذكور على ان المتجزي لا ينقطع وغير المتجزي ينقطع حتى يرد عليه ما قال ان الحديث لم يفصل بين المتجزي
وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر في المتجزي وانما يضر في غير المتجزي فان كل عمل غير متجز اذا انقطع
قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلوة والحج غير متجز فاذا انقطع بموت
الحاج في الطريق وجب ان يحج عن الموصي اداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل المتجزي فانه
لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه ان يبطل من الاصل بل يجوز ان يتم الآخر ما بقي منه كما اذا اطعم المامور بالاطعام بعض
المساكين ثم ترك البعض وامر به غيره فانه يجزيه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال
قطعا ولعدم فرق الشارح المزبور بين المدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما اطعمه بالموت والواقع
في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هناك ما اطعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستيناف هناك
بل وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا ان يقال التجزي
في الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزي ينافي الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب
الدال على تجزي الاطعام تعارض اصلا حتى تركت العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام وعمل بالكتاب
نظرا لقوته وقد عرفت ان التجزي لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزي وغيره الا ان الاكمال

بما بقي متصور في المتخرج دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في
حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى **باب**
الوصية للاقارب وغيرهم اخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب احكام الوصية لقوم
مخصوصين وذكر فيما تقدم من احكام الوصايا على وجه العموم والخصوص ابدا يتلو العموم كذا في الشروح
قوله ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يتقدم وصية الاقارب
نظرا الى ترجمة الباب ويجوز ان يقال الواو لا يدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بامر الجار انتهى كلامه
اقول كل من توجيهيه كاسد اما الاول فلان الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجي اي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج
بعد وقوع المعطوف عليه فيه واما تاخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فامر ضروري ولا يخفى ان مدار قوله كان حق
الكلام ان يتقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثاني يعني لما قدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق
الكلام ان يقدم ذلك في بيان المسائل ايضا ليحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب الوقوعي
الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب واما الثاني فلان الاهتمام بامر الجار لو كان واجبا او مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب بان
قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله هناك علم ان اهتمامه كان بامر الاقارب فكان حق الكلام هنا ان يساق على سنن
رعاية التناسب **قوله** ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى الاخص الخصوص وهو الملاصق اونحوه في الكافي حيث قال
ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع الا ترى انه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى الاخص الخصوص وهو الملاصق
انتهى وعن هذا قال في العناية في شرح قول المص لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية
وجار الارض اقول لقائل ان يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران
الموصي لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصي نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن
محلة الموصي ويجمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمعون جيران الموصي عرفا كما سياتي في وجه الاستحسان
فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى الاخص الخصوص كما قال ابو حنيفة فتامل **قوله** ولان المقصد
بر الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره اقول ولقائل ان يقول نعم ان مقصود الموصي في ايصائه
لجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم
الملاصق وغيره وان جعل كون غير الملاصق ايضا من اهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل الاول فلا
يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى **قوله** قالوا ويستوي فيه الساكن
والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم اقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي
فيه الساكن والمالك ينافي تقييد المص فيما مر بقوله ممن يسكن محلة الموصي الا ان يكون ما نقل ههنا عن المشايخ
رواية اخرى لكن اسلوب تحريره يابى ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتاخرين المفهوم من قول
المص ممن يسكن محلة الموصي الخ اشتراط السكنى في استحقاق الوصية عندهما ملاكا او غيرهم وقد نقل

عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا بدليل تخصيصهم خلافهما بالعبد الساكن فتامل انتهى كلامه
اقول ليس هذا بتام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن
لا على عدم الخلاف في الحر الغير الساكن اذا كان ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا
ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة التصريح في اشتراط
السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية وان كانوا احرارا وملاكا فانه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير
مالك للدار فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له
في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراطه
السكنى عندهما ان كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض **قوله** لان الوصية له وصية
لمولاه وهو غير ساكن قال بعض المتاخرين ولقائل ان يقول لعل المراد بدخوله كونه نفسه موصى له ومستحقا
للوصية فيحمل على انه لو اعتق قبل موت الموصي صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذ العبرة
لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وايضا الوصية بدا للعبد ثم لمولاه لان العبد وما ملكه لمولاه فيكون
كافيا في استحقاق الوصية فتامل الى هنا كلامه اقول كل من شقي كلامه غير صحيح اما الاول منهما
فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان
عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة واما الذي كان عبدا وقت الايجاب ثم اعتق قبل
الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في
احكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصي صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصح ان يكون محل الخلاف
فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه واما الثاني فلانه لا شك انه ليس معنى الوصية للعبد ان يملك
شيء للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك عن ذلك العبد الى مولاه
ثانيا بل معناه تمليك شيء المولى العبد ابتداء لكن بطريق الخلافة عن ذلك العبد كما هو الحال في سائر التمليكات
للعبد على ما صرحوا والا يلزم ان يكون العبد اهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به احد فاذن كانت الوصية للعبد
وصية لمولاه وكان التمليك له تمليكا لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فيكون كافيا في استحقاق الوصية
تامل ترشد **قوله** ومن اوصى لاصهاره قال صاحب النهاية اي لاقرباء امراته وفي الصحاح الاصهار
اهل بيت المراة انتهى وقد اقتفى اثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا العناية ومعراج
الدراية اقول تفسير الاصهار في هذه المسئلة باقرباء امراته لا يناسب قول المص فيما بعد وكذا يدخل
فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان
كلا منهم ليس من اقرباء امراته مع انهم يدخلون في الايصاء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به
المص فالوجه ان يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو اعم من اقرباء امراته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار

اعم من اقرباء الامرأة وقال في الصحاح الاصهار اهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر
من الاحماء والاختان جميعا انتهى وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه
اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج اخته والاختان اصهار ايضا انتهى تدبر قوله ولان
الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية
اقول فيه بحث وهو انه ان اراد ان الوصية اخت الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع كيف وقد مر
في الكتاب انه يجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدين
على ما تقرر في محله وكذا قد مر فيه انه يجوز الوصية للقاتل عند اجازة الورثة اياها عند ابي حنيفة ومحمد ولا يجوز
الميراث للقاتل عند احد ولو اجازته الورثة كما صرحوا به وكذا مر فيه آنفا في مسئلة الايصاء لاختانه
انه يستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد اصلا ولا يستوي في الميراث الاقرب
والابعد على ما تقرر وان اراد ان الوصية اخت الميراث في بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب
اذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو اول المسئلة ثم ان ابا حنيفة لم يعتبر الاخوة بين
الوصية والميراث في مسئلتنا هذه ايضا من جهة متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر
والانثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على ما نص عليه الامام الزيلعي في التبيين حيث قال ويستوي
الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين انتهى وقد افصح عنه في الكافي
وغيره ايضا ولا ميراث للعبد والكافر اصلا فضلا عن التساوي مع الذكر في الاستحقاق البتة فلم
يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الامور في مسئلتنا هذه ايضا فكيف يتم الاستدلال
على مدعا ابي حنيفة هنا بان الوصية اخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفطن
له فلم يتعرض في الاستدلال على قول ابي حنيفة في هذه المسئلة لحديث الاخوة بين الوصية والميراث
بل استدل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتاب البدائع قوله ولان اسم الاهل حقيقة
في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة
اقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار باهله نظر لانه انما يدل على ان لفظ الاهل يطلق على
الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على انه لا يطلق على غيرها بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من ان يراد بلفظ
في موضع فرد مخصوص من افراد معناه ان لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من
افراد ذلك المعنى الا ترى انك اذا قلت رأيت انسانا يفعل كذا واردت بالانسان هناك فردا مخصوصا
من افراده لا يلزم منه ان لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من افراده في موضع آخر فاذن
لا يثبت بتلك الآية مطلوب ابي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجته بل يجوز ان
تتناول غيرها ايضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقوله

وغيره

وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى وسار باهله فيه نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما
قضى موسى الاجل وسار باهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الآية لانه خاطبهم بخطاب الجمع انتهى
واجاب عنه صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب انه لم ينقل انه كان معه احد من اقاربه واقاربها حتى تضمهم
نفقته فان كان معه الارقاء لم يدخل فيه احد بالاتفاق انتهى اقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان هذا كلام
خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية فان حاصل نظره القدح في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله وسار باهله بناء على ان ما وقع
في سياقه من خطاب الاهل بلفظ الجمع يأبى كون المراد بالاهل هناك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم
ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تأمل تفهم فالاظهر في تعليل قول ابي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولابي حنيفة
ان الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له اهل وفلان
ليس له اهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك انتهى فتبصر تقف قوله ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء
يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله اقول في التعليل كلام لان مقتضى قوله لان
عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت ان لا يجوز الوصية لاحد من هؤلاء اصلا اذ يلزم حينئذ
ان يكونوا ارقاء في حالة تضاف الوصية اليها وهي حالة الموت فان المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون اضافة الوصية
الى حالة الموت والوصية للرقيق بشيء غير رقبتها لا تجوز كما نصوا عليه وقد مر في الكتاب ان الوصية لامهات الاولاد بثلث
ماله جائزة ولا يمكن ان تتعلق تلك الوصية برقبتها لان الوصية بالرقبة اعتاق والوصية لها لا تحتمل ان تكون اعتاقا لانها
تعتق بموت مولاه وان لم تكن ثمة وصية اصلا كما حققه الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن
ان يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكروا هناك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي
ذكروا هناك غير متمش هنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا ينافي ما ذكر هنا قوله وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل
شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء قال بعض المتأخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطئ ليس
بابعد من كون هذا التناول كذلك فالعجب ان ابا يوسف جوز هذا دون ذاك انتهى اقول ان ابا يوسف جوز ذاك ايضا في
رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف
وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم انتهى وصرح به صاحب معراج الدراية ايضا هناك حيث قال وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف
ان الوصية لهم جميعا وهو قول زفر واحمد والشافعي في قول انتهى وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية ايضا عن ابي يوسف
دون ما مطلقا كما يشير اليه قول المصنف وعن ابي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال ابو يوسف وقد يشير اليه ايضا ان شمس
الائمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس
يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض انه لم يطلع على رواية
تجويز ابي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلتين معا مع كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب من تجويز
التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومنشأ فساده قلة التدبر والتتبع مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان

قوله وبخلاف ما اذا لم يكن لموال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة قال صاحب
النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن لموال اي موالي العتاقة ولا اولاد الموالي اي ولا اولاد موالي العتاقة فيصرف
الثلث الى الموالات وقف وفي الجامع الكبير واذا لم يكن له الا موالي الموالاة كانت الثلث لهم لان الحق اذا لم يوجد وجب العمل
بالمجاز انتهى واقتفى اثره صاحب العناية اقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ
لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آنفا
وبعد ما يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبينوا
مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف هنا ما ذهب اليه صاحبا النهاية والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ
لهم مجاز اذ لا شك ان اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنييه او معانيه فالصواب ان مراد المصنف هنا هو انه
اذا لم يكن لموال ولا اولاد الموالي فالثلث لموالي الموالي الخ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن لموال ولا اولاد الموالي
بما قبله اشد ارتباط وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز الى آخره انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بنفس
ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان ايضا عند شرح كلام المصنف هنا وكان صاحب النهاية انما اغتر باقتفاء عن
الجامع الكبير فان المذكور فيه موالي الموالاة دون موالي الموالي لكن التعليل المذكور هناك وهو قوله لان الحق اذا لم يوجد وجب
العمل بالمجاز من مطابق للمسئلة غير آب عنها فانه لا ينافي الاشتراك لجواز ان يكون احد معنيي المشترك احق بالارادة من الآخر لامر
مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما اشار اليه المصنف فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له احق بخلاف تعليل
المصنف هنا على تقدير ان يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة
ح بل يأباها جدا كما بيناه آنفا قوله ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة
لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز اقول لقائل ان يقول لم لا يصار هنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل
عن الالغاء في حق النصف والمصير الى عموم المجاز مخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه هنا ان
يحمل الموالي على من كان للموصي مدخل في عتقه اعم من ان يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه او بطريق التسبب
كما في معتق معتقه فليتامل

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ من بيان احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع واخرها لان المنافع بعد الاعيان
وجودا فاخرها عنها وضعا كذا في الشروح اقول فيه شيء وهو ان هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية
بالخدمة دون الوصية بالثمرة لان الثمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها عنوانا
واحكاما فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه ببناء الكلام على الاكثر بقي تاخير الوصية بالثمرة خاليا
عن بيان النكتة كما لا يخفى قوله الا ان الاول وهو الاعدل اولى قال بعض المتاخرين فيه ان الغرض
كون المهاياة باختيارهم فالمتاخر يسقط حقه فلا يبقى الا ولوية لا بالزام الحاكم حتى يكون اولى انتهى
اقول ليس هذا بشيء لان اسقاط المتاخر حقه لا يلزم ان يكون بطيب خاطره بل يجوز ان يكون

مع الكراهة

مع الكراهة لامر يدعو اليه فكيف يساوي هذا استيفاء حقه كملا كما في الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن
طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي الا انتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول اعدل منه
للتسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك ان الاعدل اولى قوله وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى
جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر ويخرج الدار من الثلث اقول فيه بحث اما اولا فلانه منقوض بما اذا اوصى بعبد معين
وان لم يكن له مال غيره فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك ان يبيعوا ما في ايديهم
ثلثي تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك ايضا بان يقال ان حق الموصى له ثابت في عين جميع الدار بان يظهر للميت
مال آخر ويخرج الدار من الثلث واما ثانيا فلانه ان كان حق الموصى له ثابتا في سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت
وخروج الدار من الثلث فاما ان يكون حق الورثة ايضا ثابتا في سكنى جميع تلك الدار اولا فان كان الاول يلزم ان يثبت في
سكنى جميع دار واحدة في حالة واحدة حقوق اشخاص متعددة واللازم باطل لاستحالة ان يسكن اشخاص متعددة
على واحدة في جميع محل واحد في زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بالمحال وان كان
الثاني يلزم ان لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة اثلاثا للانتفاع وان لا يقسم الدار بينهم مهاياة من حيث
الزمان اثلاثا لثبوت حق الموصى له في سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع ان المسئلة خلاف
ذلك كما مر آنفا في الكتاب قوله فانما يثبت هذه الولاية لمن تملكها تبعا لملك الرقبة او لمن تملكها بعقد المعاوضة
حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها قال في العناية واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبعا
لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجيب بان كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة
تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه انتهى اقول الجواب منظور فيه لان كون كلام المصنف
في الوصية لا يقتضي كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم ان
تكون مساوية للمدعى بل لا بد من كلية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وهنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل
ان الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على اصلنا وما ليس بمال في تمليكه بالمال احداث صفة المالية فيه
تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وفي تمليكه احداث صفة المالية فيه لا يثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن تملكه تبعا
لرقبته او لمن تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها ولا يكون مملكا اكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يخفى
على ذي مسكة ان ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الادلة الشرعية كلية كل واحد منها في انفسها
لا مجال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها في محل الكبرى من الشكل الاول تبصر قوله ثم لما صحت الوصية
لصاحب الخدمة الخ قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من قوله الا انه
يخص لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى
بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد
الموت انتهى اقول ان قوله كالبيان والتفسير لما قبله من قوله الا انفراد ليس بسديد والحق ان يقال كالبيان

والتفسير لا يقبل من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لان قول المص ثم لما صحت الوصية لصاحب الحلقة الخ وكذا ما ذكره الشارح
المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالحلقة الخ انما يفيد ان بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد
وحدها كما لا يخفى على من له ادنى مسكة **قوله** ولهذا ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها
قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما لفظا واصالة والا يلزم ان يخالف
هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الا حملها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا
فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم ان يخالف ايضا ما مر في كتاب الاقرار من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل تبعا
ولهذا لو اقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للمقر له لان الاستثناء
تصرف في الملفوظ بل انما المراد هنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما تبعا عند الاطلاق
فيرتفع المخالفة كما توهمها البعض **قوله** ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة
بمنزلة الخاص اقول لا مجال للعموم في الالفاظ المذكورة في هاتيك المسائل لان الحلقة والفص بالنظر الى اسم الخاتم
وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر الى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر الى اسم القوصرة بمنزلة الاجزاء لمدلولات
هذه الاسماء لا جزئيات معانيها اذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده
ولا معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل التمر وحده على ان الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة
بعينها وكل من هؤلاء جزئي خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله ومن اصلنا ان العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو
هنا كما لا يخفى **قوله** بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه اوجب
لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص اقول فيه شيء وهو انه قد تقرر في كتاب الاقرار ان استثناء الفص من الخاتم
غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما لا يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والنخلة في البستان
والبناء في الدار فما معنى قوله او الاستثناء في قوله لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء **قوله** ومن اوصى لرجل بصوف
غنمه ابدا او بلادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف
يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل اقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سماجة فان الاطلاق المستفاد
من قوله في ذيلها سواء قال ابدا او لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله ابدا حيث قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه
ابدا فالاولى ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد ابدا في صدر المسئلة او ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء
قال ابدا او لم يقل **قوله** لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ اقول لا يخفى
على الفطن ان هذا التعليل ينتقض بما تقدم من مسئلتي الثمرة والغلة فان الايصاء ايجاب بعد الموت في كل
الصورة مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده ايضا بذكر قيد الابد في الثمرة وبدونه ذكره
ايضا في الغلة نعم كان المص قصد تداركه ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ الا ان هذا التعليل هنا بقي خاليا عن
الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الآتي **قوله** الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع

بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى قال بعض المتاخرين
يرد عليه ان لنا اصلا اخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف
المخلص بلا انتهى اقول لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه ان يكون الحاق الوصية بالثمرة
والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص يرشد اليه قطعا قول
المص بطريق الاولى في قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الاولى لان الاولوية انما تتصور
في الدلالة دون القياس وكون الشيء ثابتا بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس ان
لا يكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر نظائر هذا
في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض ثم اقول بقي لنا شيء فيما ذكره المص وهو ان عقد
المعاملة باطل غير مشروع عند ابي حنيفة كما تقرر في موضعه فقوله هنا جاء الشرع بوروده العقد
عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول ابي حنيفة وانما يتمشى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع
عندهما والمسئلة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتامل

باب وصية الذمي

ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم
لان الكفار يلحقون بالمسلمين في احكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا اقول
لكن ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر ان
يقال لما كان لبعض وصايا الكفار احكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة واخره لانحطاط رتبتهم
قوله واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا
بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه
معصية فلا تصح عندهما قال صاحب العناية في شرح هذا المحل اذا صنع يهودي بيعة او نصراني
كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين اصحابنا في اختلاف التخريج اما
عنده فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة اذا كان للمسلم فان وقف المسلم في حال الحياة
موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا اولى واما عندهما فلان هذه الوصية معصية
فلا تصح الى هنا لفظه اقول فيه خلل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودي
والكنيسة الى النصراني وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهاد من ان
الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الاصل
ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا
تتحمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة على اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب
والثاني انه قال اما عنده فهي بعد فلان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة

فانهم اباحنيفة اولا والطحوي ثانيا فكان الاول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانها على
الاصل السديد حيث قال لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث فاظهر اباحنيفة
اولا واضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال
الحيوة موروث بعد موته مع ان وقف الكافر ايضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف فانها مطلقة
حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلان هذه الوصية معصية مع
انه لا وصية في مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهود او النصارى في حال حيوته بدون اضافة شيء الى
ما بعد موته والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بخلاف قول المص فان هذه معصية اذ المشار اليه بهذه في قوله
المذكور هي الصنيعة دون الوصية فلا غبار فيه قوله لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية
ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال في العناية وغاية البيان واذا صار ملكا للمسمين صنعوا ما شاؤا
انتهى اقول هذا على اصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قربة كما مر
فاذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قربة في معتقد
الكفار لزمهما المصير الى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا لكلام العاقل بهما امكن واما على اصل
ابي حنيفة ففيه خفاء لان كون الموصى به قربة في معتقد الموصي كاف عنده في صحة الوصية كما سيجيء ايضا وفيما نحن فيه
كذلك فينبغي ان تصح حقيقة الوصية عنده ههنا كما تصح فيما اذا اوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سيأتي بدون المصير
الى اعتبار معنيي الاستخلاف والتمليك في تصحيحها والحاصل ان الظاهر ان يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف
بين ابي حنيفة وصاحبيه وان كان تحريرها على الاتفاق بينهم كما في المسئلة السابقة واسلوب تحريرها في الكتاب
يشعر باتفاقهم في التخريج ايضا فليتأمل قوله ثم الفرق لابي حنيفة الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة قال
في العناية بل تحرر على معتقدهم اقول لقائل ان يقول ان اصل ابي حنيفة ان كون الشيء قربة في معتقدهم كاف
بناء على انا امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفا فلم لم يعتبر ههنا كون
الكنيسة او البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها
فلم تتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا مصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولانهم يبنون فيها
الحجرات الخ والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم تتحرر لله
تعالى لتعلق حق العباد به قال صاحب العناية قوله ولانهم يبنون دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى انتهى
اقول فيه نظر لان كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل اول عليه ولا يذهب على الناظر
في كلام المص انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى
بلا دليل ثم اقول الحق ان معطوفه قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة
والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله لان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني الخ كانه قال

ثم الفرق لابي حنيفة بينهما لان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها
الى آخره فتبصر قوله وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم
قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا فقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية
وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا
تقر على اعتقادها انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال
هناك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان انتهى اقول ليس هذا بتوفيق صحيح اذ لا شك ان مراده من قال في الخلافية
هو الصحيح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما ان مراده من قال هو الاصح ترجيحه على
الآخر بل قوله هو الصحيح ادل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب ان ترجيح احدهما على الآخر ينافي ترجيح الآخر عليه ولا يمكن
ان يصدقا معا قوله ولو اوصى حربي في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته
هذا التعليل الذي حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت في الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربي
دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممتنع بين الذمي والحربي لتباين الدارين وبين المسلم
والحربي لاختلاف الدينين ولتباين الدارين ومنها ما اذا اوصى ذمي لحربي مستأمن بوصيته فانه جائز في ظاهر الرواية
مع انه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما ومنها ما اذا اوصى مسلم لمستأمن بشيء فانه ايضا جائز في ظاهر الرواية
مع انه لا توارث بين المسلم والكافر اصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين ايضا ان كان الكافر حربيا وكان
مستأمنا

باب الوصي وما يملكه

لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى
اليه وهو الوصي وقدم احكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها امس قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير
عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غيبته قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة
والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضي خان لانه ذكر في هذه الكتب
ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة
وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها والفصل العاشر من وكالة التتمة والباب السابع والستون
من ادب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضي خان
الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء
عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه ثمة ايضا بغير علم الموكل كما في الوصي لانه يؤدي الى تغرير الموكل بخلاف ما اذا كان
وكيلا بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير الآمر ومع هذا فيما اذا وكله بشراء
شيء بعينه لا يملك عزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة
في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول
بعض المشايخ فمن هذا عرفت ان ما قاله بعضهم في شرحه هذا الذي قال صاحب الهداية مخالف لعامة روايات

الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء لان مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه
عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا
كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تتخالف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب
العناية ايضا كما يظهر من تقريره في شرح هذا المقام قوله بل ليس هذا التوفيق بشيء لانهم عقدوا في اكثر المعتبرات
لعزل الوكيل فصلا على حدة او بابا على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل الوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة
عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشيء فهل يجوز العقل ان يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء
شيء بعينه فيكون عقد الفصل او الباب لبيان حكم العزل في مسئلة بعينها من مسائل الوكالة لا بعبارة مطلقة ويكون
حكم العزل في سائرها متروكا بالكلية في عامة روايات الكتب ولعمري ان حمل كلمات الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى
ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة لعلك تاخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في ردة الوكالة من الوكيل وفي عزل
الوكيل وقال قد ذكرنا ان الوكيل اذا رد الوكالة ترتد ولكن هذا اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترتد حتى ان
من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا ثم قال ولا يصح
عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق
وسائر التصرفات في ذلك على السواء ثم قال وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة
انتهى فانظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما اذا كان وكيلا بشراء شيء وعن هذا قال صاحب الكافي هنا بدل
قول المص بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ الا يرى ان الوكيل اذا اخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا
للغرور والضرر المنفيين فلان يجب نفي الغرور والضرر عن الميت وهو احق بالنظر اولى انتهى قوله لانه لا غرور فيه
لانه حي قادر على التصرف بنفسه اقول لقائل ان يقول هذا التعليل ينتقض بصورة رد الوصي الوصية في غير وجه
الموصي في حيوته فان الموصي حي قادر على التصرف بنفسه في حال حيوته مع انه لا يصح رد الوصي الوصية في غير وجه الموصي
بعد ان قبلها في وجهه لا في حيوته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب ان معنى الايصاء الحاد استخلاف بعد الموت
لا في حال الحيوة فالتصرف الذي فوضه الموصي الى الوصي انما هو التصرف الكائن بعد مماته ولا شك انه ليس بقادر
في حيوته على التصرف الحاصل بعد مماته كما انه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر في حيوته
على الايصاء الى الآخر بدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصي بغير علم الموصي فان معنى قوله
في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه في الذخيرة وذكر في الشروح ايضا قوله واذا كان خلافة
لا تتوقف على العلم كالوراثة اقول يرد عليه ان يقال هب ان الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة
ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية الا يرى انه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يردها حتى مات الموصي فهو بالخيار
ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة يتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه اياها فعدم
توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بها مشكل جدا اذ لا يخفى ان اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتامل

قوله

قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب قال جمهور الشراح ومن ملك الكتب ما ذكره المص في فصل القضاء
بالمواريث من كتاب ادب القاضي بقوله وما اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفهم ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده
شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء اي الواحد فيهما يكفي انتهى وقال بعض المتاخرين
قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتاب ومن للتبعيض اي بيناه في بعض الكتب المتقدمة المتقررة اراد به كتاب القضاء وليس
ما عبارة عن الكتب ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره اثر في غير كتاب القضاء اصلا انتهى
اقول ليس ما قاله هذا البعض بصحيح لان المصنف كما ذكره في كتاب ادب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي كتاب
الشفعة ايضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم
ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده وقال في باب طلب الشفعة والخصومة فيها
من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او
واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا او امرأة اذا كان
الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل
انه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره اثر في غير كتاب القضاء اصلا بدون التتبع كما تقدم من الكتب قوله
الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك قال عامة الشراح قوله الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله ثم قال
اقبل فكذلك بعينه ان القاضي اذا اخرجه عنها حين قال لا اقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى اقول فيه نظر لان المص
قيد قوله فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة ان القاضي
اذا اخرجه عن الوصاية ثم لم يكن له ذلك اي لم يصح قبوله والمفهوم معتبر في الروايات بالاجماع كما نصوا عليه فلم احتيج الى
استثناء اذا اخرجه القاضي عن الوصاية من قوله فله ذلك فلو كان قوله هنا الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله فله
ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي ان يكون قوله هنا الا ان القاضي اذا اخرجه استثناء من قوله
في قريبه مدفع الاولى وهو لا على فيكون هذا الاستثناء داخلا في حيز تعليل مسئلة الكتاب ويكون ناظرا الى
مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل كما ان ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق
اصلها ويؤيده ان هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية اصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك ايضا بجملتها قوله
وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة ومرة مع ابي يوسف قال صاحب الغاية ولنا في هذا القيل نظر لان الكبار
الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع ابي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي
في مختصره وابي الليث في نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة
فيها وفي شرحها وغيرهم من اصحابنا انتهى اقول نظره ساقط اذ لا يلزم من ان يذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتب
هؤلاء المشايخ الذين عدهم ان لا يكون قوله مضطربا في نقل احد اصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت
الورثة صغارا كلهم فان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان اوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة في قول ابي حنيفة

وقال ابو يوسف انها بالملك على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكره في بعض الروايات مع ابي حنيفة وفي
بعضها مع ابي يوسف انتهى ثم الذي وقع في كتب كثيرة من الشائع كون قوله مع ابي يوسف ولهذا اختاره المص حيث ذكر
قوله مع ابي يوسف اولا واشار الى وقوع رواية اخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا اعتبار
فيه قوله ولانه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار
وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضي ان يبيعه فيتحقق
المنع والمنافاة واجيب بانه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السوال والجواب
في اكثر الشروح وغيرها كالنهاية ومعراج الدراية الى الاسرار اقول في هذا الجواب بحث لان عدم بقاء
ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو اول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة
الدليل عليه من قبل ابي حنيفة فلو بني تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن
السوال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال واورد في شرح الاقطع سوالا وجوابا فقال
فان قيل اذا كان فيهم صغار فالقاضي يلي على بيعه اذا راى ذلك قيل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية لانه يلي
على الاحرار مع وجود الوصية اليهم انتهى قوله وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها يعني وهي الاشياء
المعدودة ما استثناه القدوري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم
ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت
انتهى وهذه تسعة اشياء كما ترى قصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره واقتفى اثره المص في البداية
وقوله هنا واخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناه في الكتاب اي والمسائل التي هي اخوات المسائل
المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المص في الهداية بقوله ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ
الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التي زادها
المص ههنا في الكتاب ستة اشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتاخرين
في شرح هذا المحل قوله وهي ما استثناه في الكتاب اي في مختصر القدوري كما سبق وقوله واخواتها بالرفع
عطف على ما اشارة الى انه زاد عليه اشياء اخر وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المص رد
المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن في التجهيز لهذه كما
جعل في الاسرار بناء على ان الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشترى شراء فاسدا
يكون المستثنى فيما ذكره المص احد عشر وما زاده اثنين والا فاربعة عشر وما زاده ثلثة كما هو الظاهر
من لفظ الابواب انتهى كلامه اقول هذا الذي ذكره مع كونه ناشيا عن الغفلة عما زاده المص
في الاخير من اشياء ثلثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة
مختل في نفسه اذ لا يمكن ان يكون مجموع ما ذكره المص احد عشر على تقدير ان يكون ما زاده اثنين

واربعة

واربعة عشر على تقدير ان يكون ما زاده ثلثة لان زيادة الثلثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن ان يكون المجموع
بزيادة الثلثة اثني عشر كما لا يخفى قوله وطعام الصغار وكسوتهم قال في غاية البيان وطعام الصغار
وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى
شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد
بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى اقول
لا يخفى ان ما يساعده تحرير المص من الاعراب هو الذي ذكره في شرح المزبور لكنه منظور فيه عندي لان قول المص
في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب ان الضمير المستتر في قوله
فقال راجع الى ما رجع اليه الضمير المستتر في استثناه في الكتاب وهو القدوري والمراد بالكتاب مختصره فيلزم
ان يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدوري في مختصره وليس كذلك
قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفا اللهم الا ان يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدوري
في مختصره على ما زاد عليه المص ههنا بطريق الالحاق بها تأمل قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده قال صاحب
النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعني ان كل واحد من
الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى ان يقتضي صاحب الدين وكل من يقع المال في يده
من يملك حفظه انتهى اقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان هذا الذي ذهبا اليه تكلف بارد بل تعسف كما
اذ لا شك ان مراد المص بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله
قبيله وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب ان قول المص ههنا وحفظ
المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل لقوله وحفظ الاموال كما لا يخفى قوله والمراد بالتقاضي الاقتضاء
كذا كان المراد منه في عرفهم اقول فيه شيء وهو ان قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم ان لا يكون الاقتضاء
الذي هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع ان الامر ليس كذلك كما صرح به المص في باب
الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا
ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس
تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته ديني وتقضيته ديني واقتضيت منه حقي اي اخذته
انتهى ثم اقول في الجواب ليس مراد المص ههنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع
بل بيان ان عرفهم ايضا يطابق اللغة والوضع وفائدته دفع توهم ان يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في
الوضع غير كاف فان العرف قاض على الوضع اي يرجح عليه فان قلت يبقى المخالفة حينئذ بين كلام المص ههنا وبين
كلامه هناك لان العرف بخلافه قلت مراد المص ههنا ان المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هناك ان
العرف بخلافه في زماننا او في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين او المكانين ونحو ذلك

ان صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال
وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام البزدوي في شرح هذا الكتاب ان الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا
يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا في المطالبة مجازا لانه سبب الاقتضاء وصار
الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم قوله ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف في كتاب
من باب الوكالة اقول لقائل ان يقول ان كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان القضاء ايضا في معنى المبادلة لضرورة
ان المبادلة انما تتحقق من الجانبين واذا كان احدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم ان يكون القضاء
ايضا من باب الولاية مع ان المص صرح بخلافه فيما قبل قوله غير الوصي لا يضمن لانه امين وله ولاية الحفظ
في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة قال صاحب العناية فيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان بما اودع
الورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك واما اذا سلم اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع
بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية اقول فيه خلل لانه يقتضي بتحرير ان يثبت للموصى له الخيار بين تضمين
القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصي ما افرزه للورثة اليهم على الاطلاق اي سواء كان سلمه اليهم باقيا في ايديهم
او هالكا وليست المسئلة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كان ما اعطاه الوصي
الورثة باقيا في ايديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما اعطاهم وان كان هالكا كان الموصى
له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصي الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع
بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك الكل في يد الوصي لم يكن للموصى له ان يضمن الوصي شيئا لبقاء
حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هنا اشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط
البرهاني كان هلك حصة الموصى له في يد الوصي وبقي نصيب الورثة كان للموصى له ان يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة
وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الموصي ايضا فما هلك في يد الورثة من حصة
الموصى له فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصي وان شاء ضمن الوارث انتهى قوله وان كان اوصى للميت
بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان اوصى الميت
بحجة فقاسم الورثة اي قاسم الوصي الورثة فهلك ما في يده او ما في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول
عليهما غير مذكورين انتهى واقتفى اثره صاحب معراج الدراية اقول ليس هذا الشرح بصحيح لانه لو
رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارح المذكور لزم ان يكون
قوله فيما بعد وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدركا محضا كما لا يخفى والصواب ان
ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصي حتى ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله
الآتي كما ترى قوله وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الوصي ولو افرز الموصي بنفسه
مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه قال

بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لان الموصي غير ملزم شيئا اذ له الرجوع عن الوصية
ايضا فلا يلزمه من عدم لزوم شيء له هنا عدم لزومه لذاك انتهى اقول ليس هذا بشيء فان الموصي وان
لم يكن ملزما بشيء في حال حيوته الا انه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة والمراد
بما ذكر في دليل محمد ان الموصي لو افرز بنفسه مالا ليحج عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ شيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته
اصلا وقد افصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره واما مذهب محمد ان دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو ان الميت هو الذي
دفع قبل موته الى الرجل ما لا ليحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة اخرى كذلك هنا انتهى فكان ذلك القائل لم يفهم من ظاهر
قول المص في تقرير دليل محمد لا يلزمه شيء ان يكون المراد انه لا يؤخذ من نفس الموصي شيء في حال حيوته فوقع فيما وقع قوله
لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر قال صاحب الغاية في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي يتصرفون باهليتهم
لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن احد انتهى واورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الحجر بان قال فيه بحث
فان الكلام كان عاما للعبد المأذون والمكاتب انتهى اقول ليس هذا بوارد اذ لا شك ان المدعى كان عاما للعبد المأذون والمكاتب
الا ان قوله لان الاذن فك الحجر يصلح ان يكون تعليلا في حقهما ايضا اما في حق العبد المأذون فظاهر لان الاذن في حقه فك
الحجر الثابت له بسبب صباه كما ان الاذن في حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر في كتاب المأذون واما
في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذونا صراحة الا انه صار مأذونا في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان اداء بدل الكتابة بدون نحو
الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع فك الحجر واسقاط الحق لا غير عندنا كما تقرر في اول كتاب المأذون فلا غبار في التعليل المزبور
قوله وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب
على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي ما سواه وتفصي عنه بان الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ
والنظر انتهى اقول ما ذكره في وجه التفصي عن التناقض ليس بتام لان الوصي ايضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية
الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المص وكان القياس ان
لا يملك الوصي غير العقار ايضا انه كان القياس ان لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر ايضا كما هو الظاهر من السباق والسياق
لزم ان يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير اي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر ايضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور
في وجه التفصي عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس ان لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية فهو يشعر بان يكون ذلك
القياس متروكا مع انه لم يترك قط اذ لم يقل احد بان الوصي يملكه على الكبير بالولاية الحقيقية فالوجه في تقرير هذا المحل ما ذكره الامام
الزيلعي في التبيين حيث قال وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا
انه لما كان فيه حفظ المال جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه ايسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه
واما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد ان نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث
قال ولا يدفعه قوله ولا يليه انتهى اقول هذا ساقط اذ لا نسلم ان قول المص فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية
من التوجيه فان معناه ولا يلي الاب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ المال وهو يملك الحفظ واما العقار فمحفوظ بنفسه

فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطرة **فصل في الشهادة**
قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية اخر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى واقتفى اثره صاحب
العناية نقلا عنه اقول ليس في كلامه بعد بل لان الذي لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة واما الشهادة في
الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية امرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه
التاخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وانما اخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير اصلية لان الاصل عدم العارض
انتهى **قوله** وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط
بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان
فالقاضي لا يحتاج الى ان ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند ادآء الشهادة اذا تمكنت
التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصي اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا
في هذا المال الا بثالث فالشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك ههنا كذا ذكر الامام
المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من تصنيفه الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى اثره في ذكر جماعة من الشراح
منهم صاحب العناية اقول كل من السوال والجواب منظور فيه عندي اما السوال فلانه لا اتجاه له اصلا فان الوصيين
الذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي ان يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في
اوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سأل القاضي ان يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله ايضا
ان يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات واشار اليه المصنف ههنا بقوله او ضم اليهما برضاه وقال تاج
الشريعة في شرحه يعني لو سأل الاخر القاضي ان يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي ان يجيبهما في ذلك
انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين مطلقا واما فيما نحن فيه فيجب على القاضي ان يضم الثالث اليهما البتة
وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما
ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر منهما للميت واقرارهما حجة على انفسهما فلا يتمكنان من التصرف
بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات احد الاوصياء الثلثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان
في صورة قبول شهادتهما وجه الاستحسان انه يجب على القاضي ان يضم اليهما ثالثا لما بينا انفا فيسقط بشهادتهما
مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا
كذبهما المشهود عليه او دخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من شاء يختار من مالها ذكر انه يدخل معهما ثالثا في قول
ابي حنيفة ومحمد واما عند ابي يوسف لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول الجواب المذكور في الكتاب قولهم جميعا والظاهر
انه لم يحك فيه خلافا وان صدقهما فقال لا اقبل الوصية قال ادخلت معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم ابى
فانه لا يعمل رده واباه الى هنا لفظ المحيط واما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثمة وصي بقوله وهناك
وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وايضا القاضي يحتاج هناك الى نصب الوصي وههنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فاين

هذا في

هذا وذاك ومجرد المشابهة في جهة لا يصحح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتاخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال
فيه ان وجه كونه المضمون هذا المدعى اثر شهادة المتهم مع انه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليهما اثر
انتهى اقول ليس هذا بشيء لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه لا في اسقاط شيء كمؤنة
التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما اسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما اشار اليه المصنف بقوله
فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون
حجة في الاثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز ان يكون شهادة المتهم ايضا كذلك فيترتب عليها اثر الدفع ولقد افصح
عنه صاحب الغاية ههنا حيث قال وجه الاستحسان ان القاضي يملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا
يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما اسقطا عنه مؤنة التعيين ومثاله ان القرعة ليست بحجة ويجوز
استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه
مؤنة التعيين انتهى **قوله** وكذلك الابنان قال الشراح قوله الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله
فالشهادة باطلة انتهى اقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو
ينكر يقتضي ايضا بظاهره ان يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار
بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ادعاء هم انحصار قوله فكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون
مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني ايضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذاك وكذلك
حكم شهادة الابنين في صورة ان ينكر المشهود له ما شهدا به وفي صورة ان يدعيه فان شهادتهما تبطل في الصورة
الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسئلة شهادة الابنين كجواب
مسئلة شهادة الوصيين في الصورتين معا كما صرح به في عامة الكتب واما اذا جعل قوله وكذلك الابنان
معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم ان تكون احدى صورتي مسئلة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب
بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي انه معطوف على المجموع لا محالة **قوله** بخلاف شهادتهما
في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها اقول
لقائل ان يقول هذا التعليل يقتضي ان يجوز شهادتهما للوارث صغيرا ايضا في غير تركة الميت عند ابي حنيفة
لجريانه بعينه هناك ايضا مع ان عدم جواز شهادتهما للوارث صغيرا بشيء من تركة الميت وغيرها متفق
عليه كما تقرر في الكتاب انفا فليتأمل في الدفع **قوله** واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل قال
في العناية جنس هذه المسائل اربعة وجه الاول قد اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا
على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالفضل مرسلة او بثلث المال
والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو ان يشهد الرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين
بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا هو ان يشهد الرجلين بعين ويشهد المشهود لهما

تقبل الشهادة فلذلك
هنا في بعض النسخ
اذ لا تهمة هناك

للشاهدين بالف مرسلة او بثلث المال وبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب واما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك ايضا انتهى اقول نعم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان اراد بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلثة لا غير احدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عده وجها رابعا داخل في القسم الثاني لا محالة وان اراد بها الامثلة فهي خمسة لا اربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجها واحدا على ان قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبا ايضا الى كون الاوجه في جنس هذه المسائل اربعة الا ان تقريرهما لا ينافي كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير صاحب العناية فانهما قالا وجنس هذه المسائل على اربعة اوجه في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين اخرى كالجارية لانه لا شركة للشهود فيه فلا يتمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالف مرسلة ايضا وفي الوجه الثالث لا تقبل ايضا وهو ان يشهد الرجلان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه كما فعله الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا حيث قال واذا شهد اربعة نفر شهد اثنان لهذين وهذان لهذين على الميت فان هذا على ثلثة اوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بامثلة ودليله وكما فعله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلثة فصول احدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها

(حاشية: الرابع اختلفوا فيه وهو ان الشهادة بالدين انتهى بانه بنعمهم ... ان ثبت مع)

كتاب الخنثى

قال في النهاية لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة في المبال من التي النساء والرجال شرع في بيان احكام من له آلتان فيه وقدم ذكر الاول لان الواحد قبل الاثنين او لان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكر في الكتب السالفة من الاحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان الا يرى ان الاحكام المارة في كتاب الوصايا مثلا جارية باسرها في حق الخنثى ايضا وكذلك الحال في احكام سائر الكتب المتقدمة كلها او جلها فالمعنى قوله لما فرغ من بيان احكام من له آلة واحدة شرع في بيان احكام من له آلتان واما ثانيا فلان قوله شرع في بيان احكام من له آلتان ليس بتام اذ جعل المصنف كتاب الخنثى فصلين وعنون الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه فالفصل الثاني بعد ان ذكر بيانه نفسه في الفصل الاول واذ منع ان يقال شرع في بيان احكام من له آلتان لا في بيان احكامه ولهذا ايضا تاويلا فاسد يحتمل الشروع بالثاني في قوله شرع في بيان احكام من له آلتان وتكلف التوجيه بعناية تامل وقال في العناية لما فرغ من بيان احكام من غلب وجوده ذكر احكام من هو نادر الوجود انتهى اقول

(حاشية: حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في احكامه موضوع هذا الكتاب انما هو حقيقته في بيان من له آلتان لا في بيان احكامه فانما ذكرا احكامه ح)

يتجه عليه

يتجه عليه ايضا ما ذكرنا آنفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني ايضا فتامل وقال في غاية البيان اخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لان الاصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره واخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه انتهى اقول هذا جيد الا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع ومخالف المعتاد يكون احوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا مآلا على امر خفي وعن هذا قال في النهاية فمن محاسن احكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الانسان قوله فصل في بيانه قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة ان يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في احكامه وما ذكرت فانما هو في وتوجيهه في التفصيل لا في الاجمال انتهى وقال بعض المتاخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك ان تقول انفصال طائفة من المسائل عن اخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنون الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الاولى به ايضا وان لم يصرح به في العادة لكن صرح به ههنا اشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعيده وهو ما ذكره بقوله فصل في احكامه فتامل انتهى اقول هذا كلام خارج عن سنن السداد اما اولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه لا لقطع شيء من شيء آخر مطلقا وقد اشار اليه صاحب العناية بقوله وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن اخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى ايضا لا تحقق الانفصال عما تقدم في الاولى ايضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب واما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل ههنا الاشارة في اول الوهلة الى ان ههنا فصلا آخر يذكر بعيده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف ولا يلزم ان يقتضي ذكر فصل في احكامه ذكر فصل آخر ايضا بعيده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا وعن هذا ترى انهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر اصلا

فصل في احكامه

اي في احكام الخنثى المشكل وهو الذي لم يظهر فيه احدى العلامتين او تعارضت العلامتان لان غير المشكل اما ان يكون رجلا او امراة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء هذا لفظ القدوري في مختصره وقال المصنف في تعليله لاحتمال انه امراة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فيفسد صلوتهن اقول في تحرير هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال انه امراة فيلزم ان يكون قوله ولا النساء متفرعا ايضا على قوله لاحتمال انه امراة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال انه امراة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولا شك انه لا معنى لتفرع عدم تخلل النساء على قوله لاحتمال انه امراة اذ لا تاثير لاحتمال انه امراة في عدم تخلل النساء بل بمجرد احتمال انه

امراة مما يجوز تخلله النساء وانما التاثير في عدم تخلله النساء لاحتمال انه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه
البشاعة فغير تحرير المصنف التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل
الرجال حتى لا يفسد صلوتهم لاحتمال انه امراة ولا يتخلل النساء خشي ان يفسد صلوته لاحتمال انه رجل انتهى
قوله فان قام في صف النساء فاحب الي ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل هذا لفظ محمد في الاصل قال
جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلوة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب
لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المراة في صلوة مشتركة موهوم فللتوهم احب له
ان يعيد الصلوة انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط اقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة
ان كون المفسد موهوما لا ينافي وجوب اعادة الصلوة عند تقرر كون الاخذ بالاحتياط واجبا في باب
العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم ايضا فالظاهر عندي ما ذكر في الذخيرة و
نقله الشراح هنا عنها وهو ان قوله فاحب الي ان يعيد صلوته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان
الاعادة مستحبة في حقه تخلقا واعتيادا واما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان
عليه الاعادة وان كان انثى لم يلزمه الاعادة فتجب الاعادة احتياطا على ما هو الحكم في باب العبادات قوله
ويجلس في صلوته جلوس المراة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امراة فقد
ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن اقول في هذا التعليل كلام وهو انه ان اراد بقوله
جائز في الجملة انه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل هو مكروه وان اراد به انه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث
قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث
قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من ابين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد
حينئذ على قوله وان كان امراة فقد ارتكب مكروها ان يقال ارتكاب المكروه ايضا جائز عند العذر
واشتباه الحال من ابين الاعذار فالرجحان في جلوسه جلوس المراة فتامل في الدفع قوله وتبتاع له
امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة قال صاحب النهاية هذا
التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى
مواضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر في استحسان المبسوط ان للامة ان تنظر الى مولاتها
كما للاجنبيات فعلم بهذا انه لا تاثير للملك في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل هنا ما ذكر في المبسوط
والذخيرة فقال لانه متى اشترى الجارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة
الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر فعلم بهذا ان شرى الجارية له على
تقدير ان يكون الخنثى انثى باعتبار ان نظر الجنس الى الجنس اخف من نظره الى خلاف الجنس لا لان يكون للملك
تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد نقل اعتراض صاحب النهاية

على تعليل المص وفيه لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذا لو اصاب المراة قرح او جرح في موضع لا يحل
النظر اليه تداويه المراة وكذا نظر القابلة الى فرج المراة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر للعذر فالامة للسيدة
ايضا عند جوازها ان تنظر الى فرجها انتهى اقول نظره ساقط اذ يشترك في جواز النظر للعذر الى مواضع العورة
من المراة الامة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تاثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها اصلا وتعليل المص
بقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة يشعر لا محالة بتاثير الملك في اباحة النظر الى سيدتها كما ترى
في اباحة النظر الى سيدتها فيرد عليه ما قاله صاحب النهاية من ان هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المراة وهذا
امضاه جماعة من الشراح منهم صاحب الغاية وقال صاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكته النظر اليه ان
ان كان رجلا قوله ويكره له في حيوته لبس الحلي والحرير قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حيوته
زيادة فائدة لان الحيوة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما ان بعد الموت لو وجد فالكراهة لل
لابس والكراهة بعد الموت للملبس لا للميت وقد اقتفى اثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب الغاية
رد ذلك فقال بعد نقله وهو هنا قشر يسير لانه ليس كل ما يذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج بل يجوز ان
يكون بعضها بيانا للواقع انتهى اقول ليس هذا بشيء لان حاصل دخل صاحب النهاية ان قوله في حيوته قيد
مستدرك لا فائدة فيه هنا لانفهام معناه مما ذكر فيما قبله وما بعده ولا يذهب عليك ان كونه بيانا للواقع
لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره اذ كان الواقع متبينا بغيره فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره
هؤلاء الشراح انفسهم حيث قالوا الا ان المص اتبع في ذلك لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط ذلك
لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحيوة هناك لتبيين المقابلة لا للقيد انتهى
قوله وان يتكشف قدام الرجال او قدام النساء قال جمهور الشراح وهذه المسئلة يدل على ان نظر
المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى
التكشف للنساء فانه ليس يراد من التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان
يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية
اقول هذا انما يتم عند من ذهب الى ان يكون نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين
كما نص عليه المص في كتاب الكراهية يبقى الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز ان يتكشف للنساء ايضا بناء على
رواية كون نظر المراة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما ذكرها المص في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب
الخنثى من الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له
التكشف للرجال لاحتمال كونه امراة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل
الى ذوات محارمه كما زعموا فتبصر قوله وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره قال
صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها

يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى اقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله
وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لا انه علم انه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد
علم انه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ويدل عليه ايضا قول المصنف في تعليل ذلك لانه دعوى تخالف
قضية الدليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معنى قوله فيما قبل
اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لذلك
فيسقط النظر قطعا اذ لا يلزم من ان لا يعلم انه مشكل ان يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة
الى القول نفسه بل يجوز ان لا يعلم انه مشكل ام لا بان لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهورها فحينئذ يتحقق الحاجة الى
قوله نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا وفي محل التعليل بقوله لانه اعلم بحاله من غيره فلا اعتبار فيه والعجب منه انه بعد ان حسب
معنى المقام ما يبتني عليه نظره كيف اورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وما احق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام
بان يقال لا معنى لهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى فلا
حاجة الى قوله بعد ذلك فان معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله **قوله** الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا
قال في الغاية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا
عنه الى نصيب الذكر لان المال لا يجب ابتداء بالشك الا ان يصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب
الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى اقول فيه نوع اختلال لان تفسير مراد المصنف بقوله يعني اوجبنا للخنثى ميراث
الانثى للتيقن الى اخره يقتضي ان يكون قول المصنف الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فاوجبنا المتيقن به
فقصرنا عليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في اول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى
متيقن به تدبر

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين ان يذكروا في اواخر الكتاب ما شذ وندر في الابواب
السالفة من المسائل استدراكا للفائت ويترجموا تلك المسائل بمسائل شتى او بمسائل متفرقة او بمسائل منثورة فجعل المصنف هنا
ايضا كذلك جريا على عادتهم **قوله** واذا قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب فاومى برأسه
اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار لان
ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين احدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل ان يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون
ذلك منه دلالة الاقرار بان يحرك رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم انتهى اقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء برأسه
في تقرير المسئلة بقوله اي نعم تعين ان وصفها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة في تقريرها الى قوله فاذا جاء من ذلك
ما يعرف انه اقرار بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى **قوله** ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا الوقت
اما الاخرس فلا تفريط منه اقول لا يذهب عليك ان هذا التعليل يقتضي ان لا يجوز اشارة المعتقل لسانه وان امتد
اعتقاله لان تاخير الوصية قد جاء من قبله هنالك ايضا مع انهم قالوا انه بمنزلة الاخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل انفا
ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين **قوله** اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا

اقول فيه شيء وهو ان هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الاخر بل يدل على خلافه فان المدعى ان كتابة
الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليس بحجة في الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة في الحدود اذ لا
فارق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة في الحدود ايضا اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء
قوله وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق في حق الحاضر ايضا لم يكن حجة
ضرورية فينبغي ان يكون حجة في الحدود ايضا كما كان النطق حجة فيها ايضا فليتامل في المخلص **قوله** واما
الاشارة فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد اقول لقائل ان يقول
من هذه الاحكام الطلاق على ما صرح به في وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو حق
الله تعالى ولهذا لم يشترط الدعوى في الشهادة بالاتفاق كما لم تشترط في الشهادة على عتق الامة ايضا بالاتفاق
بناء على ذلك كما صرحوا به قاطبة وفي الكتاب ايضا في باب عتق احد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس
الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد ايضا لتعلق حق الزوجين به فجاز ان يكون مدار قول
المص لانها من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون اشارة الاخرس حجة فيه
الا يرى ان اشارته لا تكون حجة في حق حد القذف مع ان فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقذوف
كما ان فيه حق الله تعالى بل لا بد في كون اشارته حجة من ان يكون الحكم من حقوق العباد فقط او مما غلب فيه حق العبد
على حق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا كما عرف في موضعه
وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى
فان الدعوى شرط في قبول الشهادة في حقوق العباد حتى ان مطالبة المقذوف شرط في ثبوت حد القذف وان كان
الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجري الارث فيه عندنا كما علم
في الحدود فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى في ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر **قوله**
وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي
حق العبد اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة
لعدم الحاجة اقول فيه بحث اما اولا فلان ما ذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به
فيما مر في عدة مواضع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند
ابي حنيفة لان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل
في الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ
بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط
بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه ويجوز
الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا

باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها

كتاب الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين

فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف

ومحمد لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ومنها كتاب الجنايات فانه

صرح فيه في مواضع كثيرة فيه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها اصلا مؤثرا في سقوط القصاص وفرع عليه كثيرا

من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب واما ثانيا

فلان قيد الخالصة في قوله اما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل هنا فان حد القذف غير خالص

لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع انه ايضا زواجر لا يثبت بالشبهة ولا يكون اشارة الاخرس

حجة فيه ايضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور قوله ودلت المسئلة على ان

الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة لانه جمع هنا بينهما فقال اشار او كتب قال صاحب الغاية ولنا في دعوى

الجمع بينهما نظر لانه قال في الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب او يومي وكلمة او لاحد الشيئين لا للجمع على

انا نقول قال في الاصل وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو

جائز فيعلم من اشارة رواية الاصل ان الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بنى حكم اشارة الاخرس

بشرط ان لا يكتب فافهم لهذا النظر انتهى اقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما في كل مادة

من مواد اعلام الاخرس مراده بل الجمع بينهما في جواز اعلام الاخرس مراده باي واحد منهما ولا شك في دلالة كلمة او على هذا

المعنى لانها لاحد الامرين بلا تعيين فاذا اتى الاخرس باي واحد منهما على الانفراد يتحقق الاتيان باحد الامرين فيعول

ذلك بحسب الشرع اي يقبل ويعمل بموجب قول محمد في جواب هذه المسئلة فهو جائز واما علاوته التي ذكرها بقوله على

انا نقول الى اخره فليست بشيء ايضا لان مراد المصنف ان مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة والكتابة

من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع هنا بينهما انه جمع في الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال

في شرح قوله لانه جمع هنا بينهما اي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب ان هذا لا ينافي اشارة مسئلة

الاصل الى ان اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر ان يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير

فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة اصلا

اي في روايتيها قلت لكن ان نقول يجوز ان يكون نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تأمل قوله واذا كان

الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة اكثر او كانا نصفين

لم توكل قال في العناية اخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان

احدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه انه طاهر

فقد جوز التحري هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز واجيب بان

الفرق

الفرق هو ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته

لانه مضطر الى الصلوة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده ان الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان

ثلثة ارباعه نجسا وربعه طاهرا يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلوته فيه وهو نجس بيقين فلان

يجوز بالتحري حالة الاشتباه اولى انتهى اقول لا الشبهة شيء ولا الجواب عندي اما الاول فلان تجويز

التحري فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرح به وعدم

تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به

المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فلا يتوجه

المطالبة بالفرق بين المسئلتين لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا واما الثاني فلان ما ذكر

فيه لا يقتضي كون حكم الثياب اخف من حكم غيرها لان جواز الصلوة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم

اعادة الصلوة اذ ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما افصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلوة

فيها وكون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققته

فمن اين يثبت كون حكم الثياب اخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح

ان يجعل مدارا للفرق بين تينك

المسئلتين تم